



DISSERTATION

Titel der Dissertation

**Vertragliche Gewährleistungsregelungen beim
Unternehmenskauf
unter besonderer Berücksichtigung des Anteilskaufs**

Verfasserin

Mag. iur. Mag. rer.soc.oec. Rita Wittmann

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2011

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: Univ. Prof. Dr. Josef Aicher

Einleitung

Regelungen für den Fall des Auftretens von Mängeln stellen einen wesentlichen Bestandteil jedes Unternehmens- bzw Anteilskaufvertrages dar. Die vorgelegte Arbeit hat das Ziel, einen umfassenden Überblick über die Gestaltungsmöglichkeiten vertraglicher Gewährleistungsregelungen beim Unternehmenskauf zu bieten und dem Bedürfnis der Vertragsparteien nach bestmöglicher vertraglicher Ausgestaltung von Gewährleistungsbefehlen Rechnung zu tragen.

Auf den ersten Blick besteht in Österreich bereits eine Vielzahl von Literaturbeiträgen, die sich mit dem Thema Gewährleistung im Zusammenhang mit dem Unternehmenskauf befassen. Doch ganz überwiegend handelt es sich dabei zum einen um Beiträge, die sich mit der gesetzlichen Rechtslage beschäftigen, weniger hingegen mit den in diesem gesetzlichen Rahmen bestehenden vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten. Zum anderen werden lediglich Teilaspekte vertraglicher Gestaltungsspielräume beleuchtet, es wird jedoch keine umfassende Darstellung geboten.

Die Praxis zeigt jedoch, wie wesentlich eine ganzheitliche Betrachtung der Thematik ist. Unternehmenskaufverträge sind regelmäßig komplexe Vertragswerke, in denen die Zusammenhänge zwischen den einzelnen Klauseln nicht missachtet werden dürfen, damit der Vertrag als Ganzes stimmig ist und die darin vorgesehenen Mechanismen im Streitfall auch tatsächlich funktionieren. Insbesondere dem Zusammenspiel zwischen der Regelung des Tatbestandes (anspruchsbegründende Mangelhaftigkeit) einerseits und den beabsichtigten Rechtsfolgen andererseits kommt entscheidende Bedeutung zu.

Darüber hinaus muss dem Vertragsverfasser bewusst sein, dass stets dort, wo der Vertrag lückenhaft bleibt, sei es weil bewusst auf eine vertragliche Regelung verzichtet wurde oder – ungünstiger – weil ein bestimmter Fall versehentlich nicht bedacht wurde, die gesetzliche Rechtslage greift. Die gesetzliche Regelung ist jedoch den Unternehmenskauf betreffend selbst lückenhaft und berücksichtigt nur unzureichend dessen Komplexität und die von sonstigen Gewährleistungsfällen in vieler Hinsicht unterschiedliche Interessenlage. Die bestehenden dogmatischen Zusammenhänge dürfen daher nicht vernachlässigt werden. Überall dort, wo die gesetzlichen Regelungen als unzureichend erkannt werden, sollte ein Interessenausgleich über eine entsprechende vertragliche Vereinbarung hergestellt werden. Aus dogmatischer Sicht interessieren insbesondere die Auswirkungen einer in der Praxis regelmäßig durchgeführten Due Diligence auf die Gewährleistungsansprüche des Käufers.

Eine umfassende Betrachtung des Unternehmenskaufs aus Gewährleistungssicht darf somit weder bei der gesetzlichen Regelung stehen bleiben noch sich ausschließlich auf die Darstellung „üblicher“ Vertragsklauseln beschränken. Die vorgelegte Arbeit geht daher zunächst auf den Tatbestand der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche sowie auf die gesetzlichen Rechtsfolgen der Mangelhaftigkeit ein, um sich anschließend im Detail mit den entsprechenden vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten auseinanderzusetzen.

Inhaltsübersicht

1	Tatbestand der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche	11
1.1	Begriff, Rechtsnatur	11
1.2	Abgrenzung zur Garantie	11
1.3	Der Mangelbegriff beim Unternehmenskauf	13
1.3.1	gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften	13
1.3.2	bedungene Eigenschaften	16
1.4	Unternehmensmangel vs. Einzelmangel	18
1.4.1	Sachmängel	18
1.4.2	Rechtsmängel	19
1.5	Besonderheiten der Gewährleistung beim Anteilskauf	21
1.5.1	Anteilmängel – Unternehmensmängel	21
1.5.2	Sondergewährleistungsrecht des Forderungskaufs	22
1.5.3	Das Unternehmen als wirtschaftliches Objekt des Anteilskaufs	23
1.5.4	Unternehmensmangel vs. Einzelmangel	26
1.6	Mangelhaftigkeit – Fazit	26
1.7	Gesetzlicher Gewährleistungsausschluss bei offenkundigen Mängeln	27
1.7.1	Aus öffentlichen Büchern ersichtliche Lasten	27
1.7.2	Augenfällige Mängel	28
a)	Augenfälligkeit	28
b)	Keine Untersuchungs- bzw Rügeobliegenheit	29
c)	Abgrenzungsfragen der Augenfälligkeit	31
d)	Arglistiges Verschweigen / Gegenteilige Zusicherung des Verkäufers	32
e)	Augenfällige Mängel / offene Mängel	33
f)	Abgrenzung zum Verzicht	33
1.7.3	Bekannte Mängel	34
a)	Größenschluss	34
b)	Kenntnis der Mangelhaftigkeit	34
c)	Wissenszurechnung	34
d)	Beweislast	35
e)	Gegenteilige Zusicherung des Verkäufers	35

f)	Sonderregelung für Schulden und Rückstände	35
1.8	Gesetzlicher Gewährleistungsausschluss – Fazit.....	38
1.9	Due Diligence und Gewährleistung	38
1.9.1	Wesen und Funktion der Due Diligence	38
1.9.2	Rechtliche Auswirkungen einer unterlassenen Due Diligence-Prüfung	41
a)	Grundsatz: Keine Obliegenheit des Erwerbers	41
b)	Einschränkung des Grundsatzes: grob fahrlässige Unkenntnis der Mangelhaftigkeit?	41
1.9.3	Rechtliche Auswirkungen einer durchgeführten Due Diligence-Prüfung	44
a)	Due Diligence und bedungene Eigenschaften	44
b)	Due Diligence und dem Käufer bekannt gewordene Mängel	44
c)	Due Diligence und grob fahrlässig nicht erkannte Mängel.....	46
d)	Zurechnung grob fahrlässiger Unkenntnis Dritter	50
1.10	Gewährleistung und Schadenersatz	51
1.10.1	Echte Konkurrenz	51
1.10.2	Vorvertragliche Pflichtverletzung des Verkäufers – <i>culpa in contrahendo</i>	53
a)	Unrichtige Angaben: Wahrheitspflicht	55
b)	Verschweigen relevanter Umstände: Aufklärungspflicht	56
c)	Rechtsfolgen der Verletzung von Aufklärungspflichten – Umfang des Ersatzanspruchs.....	63
1.10.3	Zurechnung der vorvertraglichen Pflichtverletzung	65
1.10.4	Mitverschulden des Käufers im Rahmen des vorvertraglichen Schuldverhältnisses?	65
1.11	Due Diligence und Schadenersatz	66
1.11.1	Rechtliche Auswirkungen einer unterlassenen Due Diligence	66
1.11.2	Reduktion der Aufklärungspflichten bei Durchführung einer Due Diligence? ..	67
1.11.3	Mitverschulden des Käufers bei sorgfaltswidrig durchgeführter Due Diligence	70
1.12	Vorvertragliches Schuldverhältnis - Fazit	71
1.13	Gewährleistung und Irrtumsanfechtung.....	71
1.13.1	Echte Konkurrenz	71
1.13.2	Geschäftsirrtum.....	73
1.13.3	Anfechtungsvoraussetzungen.....	76
1.14	Due Diligence und Irrtumsanfechtung.....	79

1.15	Gewährleistung und Anfechtung wegen List.....	80
1.15.1	List	80
1.15.2	Arglist bei Verletzung einer Aufklärungspflicht	82
1.15.3	Wissenszurechnung im Verband.....	84
a)	<i>Asset Deal</i>	84
b)	<i>Share Deal</i>	87
1.16	Wegfall der Geschäftsgrundlage.....	87
1.17	<i>Laesio Enormis</i>	88
1.18	Gesetzlicher Tatbestand – Fazit.....	89
1.18.1	Unzulänglichkeiten des gesetzlichen Tatbestands – Fazit	89
1.18.2	Rechtsfolgen einer durchgeführten oder unterlassenen Due Diligence – Fazit..	89
2	Gesetzliche Rechtsfolgen bei Mängeln: Ansprüche (<i>Remedies</i>) und Geltendmachung.....	91
2.1	Gesetzliche Gewährleistungsbefehle	91
2.1.1	Verbesserung.....	91
2.1.2	Preisminderung, Wandlung.....	92
2.1.3	Berechnung des Kaufpreisminderungsanspruchs	94
2.2	Geltendmachung gesetzlicher Gewährleistungsansprüche	97
2.2.1	Verjährungsfrist	97
a)	Dauer.....	97
b)	Fristbeginn	98
c)	Hemmung und Unterbrechung der Gewährleistungsfrist	100
2.2.2	Vermutung hinsichtlich des Zeitpunktes der Mangelhaftigkeit (Beweislastumkehr)	101
2.2.3	Gerichtliche Geltendmachung.....	103
2.3	Gesetzlicher Schadenersatzanspruch	105
2.3.1	Naturalrestitution	106
2.3.2	Erfüllungsinteresse – Vertrauensschaden; Mangelschaden – Mangelfolgeschaden	106
2.3.3	Umfang des Schadenersatzanspruchs und Anspruchsberechnung.....	107
2.4	Geltendmachung des gesetzlichen Schadenersatzanspruchs	109
2.4.1	Verjährungsfrist	109
2.4.2	Beweislastumkehr	111

2.5	Gesetzliche Ansprüche aus der echten Garantie	111
2.6	Gegenüberstellung: Gesetzliche Rechtsfolgen aus Gewährleistung – Schadenersatz – Garantie	112
2.7	Gesetzliche Rechtsfolgen der Irrtumsanfechtung	113
2.8	Fazit – Bedarf effizienter Vertragsgestaltung	114
3	Vertragliche Gestaltung von Gewährleistungsansprüchen – Tatbestand	116
3.1	Regelungstechnik	116
3.2	Caveat: Angloamerikanische „Standardklauseln“	116
3.3	Gewährleistungsklauseln (<i>representations & warranties of the Seller</i>)	117
3.3.1	Zweck / Interessenlage	117
3.3.2	Verhältnis zur Due Diligence	118
3.3.3	Objektive Gewährleistungen	120
3.3.4	Subjektive Gewährleistungen: „ <i>Best Knowledge</i> “	121
a)	„Nach bestem Wissen des Verkäufers“	121
b)	„ <i>Knowledge</i> “ oder „ <i>Best Knowledge</i> “	122
c)	Wissenszurechnung	123
d)	<i>Best Knowledge</i> und Beweislast	123
3.3.5	Bezugszeitpunkt	124
3.3.6	Verhältnis zu <i>Covenants</i> (Handlungspflichten)	127
a)	Rechtsnatur	127
b)	<i>Conduct of Business (Interim Management)</i>	129
c)	Zusammenfassung: Absicherung des Käufers für den Zeitraum zwischen <i>Signing</i> und <i>Closing</i>	131
3.3.7	Verhältnis zu <i>Indemnities</i> (Freistellungsverpflichtungen)	133
3.3.8	Verhältnis zur unechten und echten Garantie	134
3.3.9	<i>To guarantee or not to guarantee – that’s not always the decisive question....</i>	137
3.3.10	Katalog / Rechtsbereiche	140
3.3.11	Verhältnis der Gewährleistungsklauseln zueinander, Vermeidung der Doppelerfassung	141
3.3.12	Zusammenhang zwischen Gewährleistungsklauseln und Kaufpreisbestimmung	142
a)	Fixpreis	143
b)	Kaufpreisanpassung über <i>Completion Accounts</i>	144
c)	Variable Kaufpreiskomponente: <i>Earn Out</i>	149

3.3.13	Caveat: § 915 2. Halbsatz ABGB	150
3.3.14	Tochtergesellschaften.....	151
3.4	Gewährleistungsausschluss.....	151
3.4.1	Grundsätzliche Zulässigkeit und Grenzen	151
3.4.2	Restriktive Auslegung.....	152
3.4.3	Umfassender Gewährleistungsausschluss – Besonderheiten	156
	a) Umfassender Gewährleistungsausschluss und dem Verkäufer bekannte Mängel: Arglist.....	156
	b) Umfassender Gewährleistungsausschluss und geheime (verborgene) Mängel	159
	c) Umfassender Gewährleistungsausschluss und Zusage bestimmter Eigenschaften	162
3.4.4	Spezifischer Gewährleistungsausschluss hinsichtlich bestimmter Eigenschaften	163
	a) Katalog ausgeschlossener Eigenschaften.....	163
	b) Einschränkung der Leistungsbeschreibung	164
	c) Haftungsausschluss durch <i>Disclosure Letter</i>	165
3.4.5	Zusammenfassung: Regelungstechnik für den Unternehmenskaufvertrag.....	167
3.5	Bezugnahme auf die Ergebnisse der Due Diligence – Haftungsausschluss oder Zusicherung?	168
3.5.1	Due Diligence und Haftungsbeschränkung wegen Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis von der Mangelhaftigkeit	169
3.5.2	Zusicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Due Diligence-Unterlagen	174
3.5.3	<i>Disclosure Letter</i> und Due Diligence.....	176
3.6	Ausschluss der schadenersatzrechtlichen Haftung sowie der Irrtumsanfechtung	176
3.7	Zusagen des Erwerbers	177
3.8	Bilanzgarantie und Eigenkapitalgarantie	179
3.8.1	Bilanzgarantie	179
	a) Bedeutung des Jahresabschlusses	179
	b) Subjektive Bilanzgarantie	180
	c) Objektive Bilanzgarantie.....	180
	d) Caveat.....	181
	e) Typischer Regelungsinhalt einer Bilanzgarantie	181
3.8.2	Eigenkapitalgarantie.....	183
	a) Interessenlage.....	183

b)	Relevanter Zeitpunkt.....	183
c)	Definition und Berechnung des Eigenkapitals.....	184
d)	Buchwert und Verkehrswert des Eigenkapitals	185
3.9	Die Steuerklausel	185
3.9.1	Interessenlage.....	185
3.9.2	Abgabenhaftung	185
a)	<i>Asset Deal</i>	186
b)	<i>Share Deal</i>	186
3.9.3	Typischer Regelungsinhalt einer Steuerklausel	187
a)	Definition des Abgabenbegriffs	187
b)	Verhältnis zur Bilanzgarantie.....	188
c)	Steuerklausel	188
d)	Rechtsfolgen.....	189
e)	Gewährleistungsfrist	190
f)	Informations- und Mitwirkungsrechte des Veräußerers	191
4	Vertragliche Ausgestaltung der Rechtsfolgen / Gewährleistungsbefehle	192
4.1	Gewährleistungsausschluss hinsichtlich bestimmter Gewährleistungsbefehle / Verhältnis zu anderen Anspruchsgrundlagen.....	192
4.2	Rechtsnatur und Umfang der Ansprüche	193
4.2.1	Hybrides Mischsystem.....	193
4.2.2	Rechnungslegungsrechtliche und steuerrechtliche Konsequenzen.....	193
4.2.3	Verschulden?.....	194
4.2.4	Umfang des Anspruchs	194
4.3	Grundsätzliche Regelungstechnik.....	196
4.4	Ausgestaltung der Gewährleistungsbefehle	197
4.4.1	Verbesserung, Naturalrestitution?.....	197
a)	Wann ist Verbesserung / Naturalrestitution überhaupt sinnvoll?	197
b)	Wie ist die Verbesserung / Naturalrestitution vorzunehmen?	199
c)	Umfang des Anspruchs auf Verbesserung / Naturalrestitution.....	199
4.4.2	Geldersatz.....	199
4.4.3	Teilweiser Ausschluss der Rückabwicklung.....	203
4.5	Ausschluss weitergehender gesetzlicher Ansprüche	205

4.6	Haftungsbeschränkungen auf Ebene der Rechtsfolgen.....	206
4.6.1	Betragliche Beschränkungen.....	207
a)	Haftungsuntergrenze (<i>de minimis</i> -Schwelle, Bagatellschwelle, <i>floor, threshold</i>) 207	
b)	Kumulierbare Haftungsuntergrenze (<i>basket</i>)	208
c)	Selbstbehalt (<i>cushion, deductible</i>)	208
d)	Freigrenze (<i>allowance</i>)	209
e)	Haftungshöchstgrenze (<i>cap, ceiling</i>).....	209
4.6.2	Keine Doppelerfassung	210
4.6.3	Vorteilsausgleich.....	211
4.6.4	Aufrechnungsverbot.....	214
4.6.5	Mitverschulden, Schadensminderungsobliegenheit.....	214
4.6.6	Mitverschulden / Kulpakompensation	214
4.7	<i>Third Party Claims</i>	215
4.8	Vertragliche Ausgestaltung der Geltendmachung von Gewährleistungsbehelfen (Verfahrensregeln)	218
4.8.1	Zeitliche Beschränkung der Gewährleistungsbehelfe – Gewährleistungsfristen	218
a)	Dauer der Gewährleistungsfrist	218
b)	Fristbeginn	218
c)	Hemmung der Verjährung	219
d)	Typische Regelung.....	220
4.8.2	Eintritt des Gewährleistungsfalls	220
4.8.3	Mechanismus der Geltendmachung (Verfahrensablauf).....	221
a)	Mitteilung.....	221
b)	Frist für Verbesserung.....	222
c)	Geldersatz.....	223
4.8.4	Streitbeilegung / <i>Dispute Resolution Mechanism</i>	223
a)	Außergerichtliche Streitbeilegung / <i>Amicable Handling</i>	224
b)	Beiziehung eines unabhängigen Dritten	224
c)	Mediation (<i>alternative dispute resolution – ADR</i>).....	225
d)	Schiedsverfahren	225
e)	Gerichtsstandsklausel.....	228

4.8.5	Beweislast	229
4.8.6	Mitteilungen	230
4.9	Sonstige Regelungen.....	231
4.9.1	Mehrzahl von Verkäufern	231
4.9.2	Sicherung des Geldersatzanspruchs des Käufers	232
4.9.3	Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts hinsichtlich des Kaufpreises	233
4.9.4	<i>Indemnities and Warranties Insurance</i>	233
4.9.5	Rechtsfolgen bei Verletzung von Zusagen des Käufers	234
4.9.6	Rechtsfolgen bei Verstoß gegen <i>Covenants</i>	234
4.9.7	<i>Survival</i>	235
4.10	Vertragliche Gestaltung von Schadenersatzansprüchen	235
4.10.1	Gewährleistungsausschluss und Schadenersatz	235
4.10.2	Ausschluss / Beschränkung von Schadenersatzansprüchen.....	237
4.10.3	Versteckte Mängel	238
4.11	Vertragliche Gestaltung der Irrtumsanfechtung.....	239
4.11.1	Ausschluss / Beschränkung der Irrtumsanfechtung	239
5	Zusammenfassung / <i>Abstract</i> und <i>Curriculum Vitae</i>	241
5.1	Zusammenfassung	241
5.2	<i>Abstract</i>	242
5.3	<i>Curriculum Vitae</i>	243
6	Literaturverzeichnis	245
6.1	Kommentare, Monographien	245
6.2	Beiträge in Fachzeitschriften, Festschriften.....	246
6.3	Ausgewählte OGH-Judikatur.....	250
7	Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen	254

1 Tatbestand der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche

1.1 Begriff, Rechtsnatur

Gewährleistung ist die für entgeltliche Verträge gesetzlich angeordnete verschuldensunabhängige Haftung des Schuldners für Sach- und Rechtsmängel, welche die Leistung bei ihrer Erbringung aufweist¹.

Das ABGB regelt die Gewährleistung bei der entgeltlichen Überlassung in den §§ 922 ff. Die Regeln dienen dem Ausgleich von durch die Mangelhaftigkeit bedingten Störungen der **subjektiven Äquivalenz** zwischen Leistung und Gegenleistung, von der beide Parteien bei Vertragsschluss unter jeweiliger Bewertung von Leistung und Gegenleistung ausgingen.

Der Übergeber hat danach für die **Vertragsgemäßheit** der Leistung einzustehen. Er haftet dafür, dass diese die **bedungenen** oder **gewöhnlich vorausgesetzten** Eigenschaften hat, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht und dass sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden kann. Der Mangel kann sohin grundsätzlich als **Abweichung vom Vertragsinhalt** definiert werden.

Die **Ausbedingung** kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen, dabei kommt es darauf an, ob die Parteien den Umstand in die vertragliche Verabredung miteinbeziehen wollten.

Oft ist die Höhe des Kaufpreises ein Indiz dafür, welche Eigenschaften die Parteien vorausgesetzt haben.

Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften hingegen sind solche, die der Erwerber nach der **Verkehrsauffassung** auch ohne besondere Vereinbarung erwarten darf.

Ob eine Sache dem Vertrag entspricht, ist schließlich auch danach zu beurteilen, was der Übernehmer auf Grund der über sie gemachten **öffentlichen Äußerungen** des Übergebers erwarten kann. Öffentliche Aussagen binden den Übergeber hingegen nicht, wenn er sie weder kannte noch kennen musste.

Die **Beweislast** für das Vorliegen eines Mangels trifft grundsätzlich den Übernehmer, da es sich um ein anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal handelt (näheres dazu s unter Punkt 2.2). Da sich die Mangelhaftigkeit als eine Abweichung vom Vertrag definiert, schließt dies den Beweis des Vertragsinhaltes mit ein.

Der Verkäufer haftet nur für Mängel, die im **Zeitpunkt der Übergabe** vorhanden sind. Tritt der Mangel erst nach der Übergabe auf, kann der Erwerber Gewährleistungsansprüche nur dann geltend machen, wenn der Mangel bereits bei Übergabe angelegt, dh latent vorhanden war (zur Vermutung hinsichtlich des relevanten Zeitpunkts s Punkt 2.2.2; zur unechten Garantie s sogleich).

1.2 Abgrenzung zur Garantie

Bloße **Eigenschaftszusagen** iSd § 922 ABGB werden in der Praxis regelmäßig folgendermaßen formuliert: „Der Verkäufer sichert zu und leistet Gewähr dafür, dass ...“.

¹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 64 ff.

Im Rahmen der Privatautonomie besteht die Möglichkeit, die gesetzlichen Gewährleistungsregeln zu erweitern und bspw eine Eigenschaftszusage nicht bloß für den Zeitpunkt des Verfügungsgeschäfts sondern für einen gewissen Zeitraum danach zu geben. In einem solchen Fall spricht man von einer „**unechten Garantie**“. Zu den Gestaltungsmöglichkeiten s ausführlich unter Punkt 3.3.8.

Im Gegensatz dazu begründet eine **echte/abstrakte Garantie iSd § 880a ABGB** eine selbstständige Schuld². Sie ist auch in einem zweipersonalen Verhältnis möglich. Vom Verkäufer wird ein bestimmter Erfolg versprochen oder verschuldensunabhängig die Haftung für einen Schaden übernommen. Er haftet für volle Genugtuung. Die echte Garantie tritt als Garantievertrag neben den Unternehmenskaufvertrag. Der Käufer kann Ansprüche aus der Garantie neben allfälligen Gewährleistungsansprüchen und verschuldensabhängigen Schadenersatzansprüchen geltend machen.

Eine **echte Garantie** gemäß § 880a ABGB hat für den Käufer erhebliche **Vorteile**³:

- Die echte Garantie führt zu einer verschuldensunabhängigen **abstrakten** Haftung für das **Erfüllungsinteresse** (Nichterfüllungsschaden; statt dem Vertrauensschaden, der zB schadenersatzrechtlich grundsätzlich bei unbehebaren Mängeln zusteht)⁴.
- Der Käufer muss sich weder **augenfällige** (bzw im Rahmen einer Due Diligence-Prüfung offen gelegte) Mängel noch die Ersichtlichkeit von Mängeln in öffentlichen Büchern entgegenhalten lassen.
- Dem Käufer kann mangelnde Sorgfalt bei der Due Diligence-Prüfung nicht entgegen gehalten werden.
- Der Schadenersatzanspruch im Rahmen der Garantie kann **verschuldensunabhängig** geltend gemacht werden.
- Er umfasst auch **Mangelfolgeschäden** und den **entgangenen Gewinn (volle Genugtuung)**.
- Hat der Verkäufer die Mangelfreiheit für einen gewissen Zeitraum garantiert, so haftet er auch für Mängel, die erst **nach der Übergabe** auftreten.

Ein **Nachteil** der echten Garantie für den Übernehmer besteht darin, dass nach dem Gesetz dafür keine Beweislastumkehr während der ersten 6 Monate (wie bei der Gewährleistung; s dazu unter Punkt 2.2.2) vorgesehen ist.

Wenn sich der Übernehmer die Beschaffenheitszusagen sowohl gem § 922 ABGB gewährleisten als auch gem § 880a ABGB garantieren lässt, stehen ihm beide Anspruchsgrundlagen parallel zur Verfügung.

² Zur Unterscheidung zwischen Eigenschaftszusage, echter und unechter Garantie s *Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch M & A 601; *Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 49 ff; *Puck*, Der Unternehmenskauf 136.

³ *Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence, I Legal 100 Rz 11; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 152 f; *Wiedenbauer/Klauninger*, *ecolx* 2003, 397.

⁴ *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB² § 880a Rz 2.

Die vertragliche Regelung sollte keinen Zweifel darüber offen lassen, ob der Verkäufer eine bloße Eigenschaftszusage, allenfalls auch in Form einer „unechten Garantie“, abgibt oder jedoch eine echte Garantie iSd § 880a ABGB. Auf die Formulierung ist daher besonderes Augenmerk zu legen.

Zu den Rechtsfolgen s ausführlich Punkt 2.5 und die Gegenüberstellung in Punkt 2.6. Zu den vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten s Punkt 3.3.8.

1.3 Der Mangelbegriff beim Unternehmenskauf

Beim Unternehmenskauf ieS, bei dem der Erwerber das Unternehmen kauft und damit selbst zum Unternehmensträger wird⁵ (*asset deal*), ist das Unternehmen selbst als Gesamtsache Kaufgegenstand. Unternehmen sind nach hM als **Sachgesamtheit** wie Sachen zu behandeln⁶. Da das Unternehmen als solches nach den sachenrechtlichen Vorschriften nicht Gegenstand eines einheitlichen Übertragungsvorganges sein kann, ist der jeweils erforderliche Modus für das Verfügungs- bzw Erfüllungsgeschäft einzuhalten.

Die **Gewährleistungsregeln der §§ 922 ff ABGB** sind aufgrund des ihnen zugrunde liegenden weiten Sachbegriffes (§ 285 ABGB) – anders als in Deutschland⁷ – auf den Unternehmenskauf **direkt anwendbar**⁸. Ausgangspunkt gem § 922 ABGB ist die Gewährleistung für den vertragskonformen Zustand.

Eine Sache ist dann iSd §§ 922 ff ABGB mangelhaft, wenn sie entweder nicht die **gewöhnlich vorausgesetzten** oder nicht die **vertraglich vereinbarten** (ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen) Eigenschaften hat.

1.3.1 gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften

Die **gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften** hängen von der **Verkehrsauffassung** ab⁹. In diesem Zusammenhang besteht daher ein gewisser Interpretationsspielraum. Es ist jedoch fraglich, ob überhaupt bzw welche gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften ein Unternehmen nach der Verkehrsauffassung haben sollte. Dies kann beim Unternehmenskauf zu beträchtlicher Unsicherheit führen.

⁵ Zur Unterscheidung von *asset* und *share deal* OGH 2 Ob 134/07f, ecolex 2008, 335.

⁶ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 923 Rz 2; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 255 ff; *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 353; OGH HS 12.955; aA *Krejci in Krejci*, Reform-Kommentar UGB Vor §§ 38-40 Rz 5: das Wesen des Unternehmens gehe über das rein Sachenrechtliche hinaus, ein Unternehmen sei daher als Sondervermögen anzusehen.

⁷ Zum engen Sachbegriff des § 359 BGB s ausführlich *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 86.

⁸ *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 353; *Puck*, Der Unternehmenskauf 13 mit Verweis auf *Gschneider in Klang*² IV/1, 501; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 923 Rz 2 mit Verweis auf OGH HS 12.955; *Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 491.

⁹ Siehe zB OGH 8 Ob 36/07p zur gewöhnlich vorausgesetzten Freiheit von Kontaminationen einer zum Zweck der Bebauung erworbenen Liegenschaft und zur diesbezüglichen Aufklärungspflicht des Verkäufers über Verdachtsgründe.

In der Lit bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, ob ein Unternehmen aufgrund seiner **Komplexität und Individualität** überhaupt gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften haben kann¹⁰:

*Puck*¹¹ bspw stellt auf die gewöhnliche Gebrauchstauglichkeit ab und geht davon aus, dass für diejenigen Eigenschaften Gewähr zu leisten ist, die den verkehrsüblichen Gebrauch des Unternehmens ermöglichen. Sie anerkennt **Unternehmensmängel** aufgrund Fehlens gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften in folgenden Fällen:

- schlechter Ruf,
- fehlende behördliche Bewilligungen,
- schwache wirtschaftliche Ertragsfähigkeit.

Die Frage, ob eine bestimmte **Ertragsfähigkeit** gewöhnlich vorausgesetzt wird, ist jedoch sehr schwierig und wird in Lit und Jud nicht einheitlich beantwortet. Grundsätzlich kann die fehlende **Ertragsfähigkeit** eine Mangelhaftigkeit begründen, wenn sie im Zeitpunkt der Erfüllung des Geschäfts nicht vorhanden war¹². Dh jene Faktoren werden ausgeklammert, die das zukünftige unternehmerische Risiko des Erwerbers betreffen, wie etwa Geschick und Einsatz des Erwerbers, die allgemeine wirtschaftliche und branchenspezifische Lage, die Rahmenbedingungen auf dem Markt etc¹³.

Der Verkäufer hat nach einer Entscheidung des OGH für den **erzielbaren Durchschnittsertrag**¹⁴ einzustehen. Eine weitergehende Haftung für den zukünftigen unternehmerischen Erfolg könnte durch Übernahme einer echten Garantie erreicht werden.

Doch die Jud ist nicht einheitlich: So hat der **OGH**¹⁵ in einer Entscheidung die Erwirtschaftung von **Verlusten** per se (mangels gegenteiliger Vereinbarung) nicht als Eigenschaft des Kaufgegenstandes angesehen, sondern als Folge der Geschäftspolitik iVm den jeweiligen Marktverhältnissen. Die Marktverhältnisse mussten dem Erwerber im Anlassfall nach Ansicht des OGH bekannt sein, da es sich um ein Fachunternehmen derselben Branche handelte, und die Geschäftspolitik konnte der Erwerber nach Übernahme der erworbenen Geschäftsbereiche nach seinem eigenen Gutdünken gestalten.

In der Lit wird zT mangels besonderer Verkehrsauffassung eine Haftung für die **Überlebensfähigkeit** des Unternehmens als **unterste Grenze der Ertragsfähigkeit**

¹⁰ Zur Problematik des Fehlens gleichartiger Unternehmen im Verkehr s I. *Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf I Rz 10 f.

¹¹ *Puck*, Der Unternehmenskauf 30, 54 ff.

¹² *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 86.

¹³ OGH SZ 54/88.

¹⁴ OGH SZ 54/88 für einen Beherbergungsbetrieb unter Bezugnahme auf Lage, Umgebung, Ruf und Ausstattung.

¹⁵ OGH 4 Ob 1657, 1658/95 SWK 1996, B 77 (Anm *Heidinger*) = RdW 1996, 60; zu den in der zitierten Entscheidung weiters ausgeführten Themen der offenen Mangelhaftigkeit und der Anfechtung wegen Arglist s Punkt 1.9.2 sowie Punkt 1.15.

angenommen und die Überlebensfähigkeit damit als eine nach der Verkehrsauffassung gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft angesehen¹⁶. Dies bedeutet, dass ein Unternehmen ohne größere Kapitalzufuhr fortführbar und nicht überschuldet ist, also insgesamt zumindest im Durchschnitt der Jahre kostendeckend arbeiten kann. Das Unternehmen muss unter objektivierten Verhältnissen überlebensfähig sein, also unter der Voraussetzung eines mittleren unternehmerischen Einsatzes und gleich bleibender Rahmenbedingungen kostendeckend geführt werden können. Es erscheint aber fraglich, ob es diese objektivierten Verhältnisse in der volatilen wirtschaftlichen Wirklichkeit je gibt und was die subjektive Kategorie des mittleren unternehmerischen Einsatzes bedeutet. Die Annahme gleich bleibender wirtschaftlicher Rahmenbedingungen ist schließlich reine Fiktion¹⁷.

Die Überlebensfähigkeit kann darüber hinaus dann nicht als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft angenommen werden, wenn die **Umstände des Einzelfalls**, wie etwa eine aktuelle Krise der Branche oder die Sanierungsbedürftigkeit des Unternehmens, die Anwendung einer allgemeinen Verkehrsauffassung ausschließen¹⁸. Umgekehrt wird die Meinung vertreten, dass der Käufer bei einer florierenden Branche bzw einem bisher profitablen Unternehmen durchaus auch mehr erwarten dürfe als nur die bloße Überlebensfähigkeit¹⁹.

Ähnlich schwierige Fragen stellen sich beim Versuch einer objektiven Bewertung des **guten Rufes**²⁰.

Da Unternehmen keine standardisierten Güter sind und sich daher verkehrstypische Eigenschaften nicht leicht ausmachen lassen, stellen manche Literaturmeinungen generell in Frage, ob Unternehmen derartige Eigenschaften überhaupt haben²¹.

Unternehmen sind nach dieser Auffassung komplex gestaltete wirtschaftliche Gefüge, die aus unterschiedlichsten Sachen, Rechten, einer individuellen inneren Organisation, aus differenzierten Rechts- und Wirtschaftsbeziehungen im Außenverhältnis, verschieden gelagertem Know-how und einem ganz typischen Goodwill bestehen, was ausschließt, einheitliche Eigenschaften an ihnen festzustellen²². *Oberlechner*²³ vertritt daher die Meinung, dass Unternehmen – mangels Vergleichbarkeit – **keine gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften** hätten. Folgt man dieser Auffassung, kommt es beim Unternehmenskauf nur dann zum Gewährleistungsfall, wenn bestimmte Eigenschaften des Unternehmens bzw seines

¹⁶ Puck, Der Unternehmenskauf 46 f; Reich-Rohrwig/Thiery, *ecolex* 1991, 91; Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 29.

¹⁷ So krit *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 628.

¹⁸ Puck, Der Unternehmenskauf 46.

¹⁹ So etwa Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 29.

²⁰ Ähnlich kritisch daher *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 628.

²¹ *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 628.

²² Herzig, *ecolex* 2006, 86.

²³ *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 628.

Sach- und Rechtssubstrats im Zuge von Gewährleistungszusagen oder Garantien zugesichert worden sind.

Diese unterschiedlichen Auffassungen und eine in dieser Hinsicht fehlende gefestigte Judikatur bedeuten für den Käufer eines Unternehmens ein **erhebliches rechtliches Risiko**: Er kann nicht darauf vertrauen, dass er sich mangels ausdrücklicher Gewährleistungszusagen bzw. Garantieversprechen in einem Unternehmenskaufvertrag auf das Vorliegen bestimmter Eigenschaften verlassen kann. In der Praxis werden daher für sämtliche relevanten Eigenschaften des Unternehmens vom Käufer **Gewährleistungszusagen** (ausdrücklich zugesicherte Eigenschaften; *representations & warranties*) gefordert. Diese haben die Funktion, den Kaufgegenstand und seine Eigenschaften zu beschreiben und somit das Geschuldete, dh den Vertragsinhalt, klar zu definieren.

1.3.2 bedungene Eigenschaften

Der Übergeber haftet nach § 922 ABGB neben den gewöhnlich vorausgesetzten auch für die bedungenen Eigenschaften. Die Ausbedingung kann **ausdrücklich oder stillschweigend** erfolgen. Auch die Tauglichkeit für einen bestimmten Zweck kann aus der Natur des Geschäfts oder anderen Umständen schlüssig abgeleitet werden²⁴.

Doch ist nicht schon in jeder Äußerung des Übergebers über die verkaufte Sache eine Ausbedingung zu sehen. Dasselbe gilt für Unterlagen, die der Verkäufer zur Verfügung stellt. Vielmehr ist zu fragen, ob die Parteien den Umstand in die vertragliche Verabredung mit einbeziehen wollten²⁵. Kennt der Veräußerer die gewünschte Eigenschaft oder musste er sie kennen, so kann der Erwerber, wenn er vom Veräußerer nicht über die Untauglichkeit aufgeklärt wird, die Eignung mangels gegenteiliger Anhaltspunkte als stillschweigend vereinbart ansehen²⁶. Zu den Aufklärungspflichten des Veräußerers s. Punkt 1.10.2. Die Unterscheidung zwischen einer unverbindlichen **Wissenserklärung** in der Form einer bloßen Anpreisung und einer **Willenserklärung**, die eine verbindliche Gewährleistungszusage begründet, ist nach **vertrauenstheoretischen Grundsätzen** zu treffen. Dürfte ein redlicher Käufer nach der Verkehrsauffassung und nach den konkreten Umständen des Einzelfalles die Äußerung als Willenserklärung verstehen und hat er sie auch tatsächlich so verstanden, ist von einer haftungsbegründenden Zusicherung auszugehen²⁷.

Oft gibt die Höhe des **Kaufpreises** darüber Aufschluss, welche Eigenschaften die Parteien bei Vertragsschluss vorausgesetzt haben²⁸. So kann bspw. ein ungewöhnlich geringer Preis ein

²⁴ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 923 Rz 5; OGH EvBl 1959/218; OGH JBl 1985, 620.

²⁵ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 67.

²⁶ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I, 101; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 923 Rz 5 mit Verweis auf OGH EvBl 1948/885; OGH 1 Ob 93/59 EvBl 1959/218; OGH 7 Ob 23/90 SZ 63/160; OGH 1 Ob 564/95 SZ 68/105 = RdW 195, 422; OGH SZ 71/88 = RdW 1998, 608 = ecolex 1998, 687.

²⁷ Puck, der Unternehmenskauf 27.

²⁸ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 65; Puck, Der Unternehmenskauf 28; Reich-Rohrwig/Thiery, ecolex 1991, 91; OGH 7 Ob 562/94 ecolex 1996, 94 = RdW 1996, 307 (Kontaminierung einer Liegenschaft mit Öl und Benzin).

Indiz dafür sein, dass die Parteien von geringen Erträgen oder hohen Verbindlichkeiten ausgegangen sind. Tatsächlich ergeben sich – abgesehen von der Beurteilung, was ein ungewöhnlich geringer Preis ist – schwierige Beweisfragen.

Mangels ausdrücklicher Gewährleistungszusagen kann daher die **Konkretisierung des Vertragsinhaltes** problematisch sein.

Besondere Bedeutung hat die Frage, ob (und welche) bestimmte Eigenschaften ausdrücklich ausbedungen wurden, wenn in den Vertragsverhandlungen bestimmte Geschäftsunterlagen, insb der **Jahresabschluss**, des Zielunternehmens vorgelegt wurden²⁹: Der Jahresabschluss dient zur Konkretisierung des Vertragsgegenstandes, zur Ermittlung des Kaufpreises und als Grundlage für Gewährleistungszusagen. Viele Unternehmensmängel beziehen sich nämlich auf bilanzierfähige Tatsachen. Wenn diese Unterlagen auch zweifellos für den Vertragsabschluss eine gewisse Bedeutung hatten, so ist allein aus deren Vorlage jedoch noch nicht erwiesen, dass damit bestimmte Unternehmenseigenschaften verbindlich zugesichert wurden. Haben der vorgelegte Jahresabschluss bzw die darin enthaltenen Eigenschaften wesentlichen **Einfluss auf die Preisbildung** gehabt, so kann angenommen werden, dass die **Eigenschaftsbeschreibung zum Vertragsinhalt** erhoben worden ist³⁰. Anders wäre zu entscheiden, wenn der Veräußerer auf die **Unverbindlichkeit oder Vorläufigkeit** dieser Angaben hingewiesen hat³¹. Liegt eine Eigenschaftsvereinbarung vor, haftet der Verkäufer dafür, dass der Jahresabschluss unter Einhaltung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung errichtet wurde³². Der Veräußerer hat dann dafür einzustehen, dass die Angaben und Wertansätze im Zeitpunkt des Bilanzstichtages richtig und vollständig waren und in der Zeit zwischen Bilanzerstellung und Erfüllung des Unternehmenskaufs durch den Verkäufer nur solche Veränderungen stattgefunden haben, die dem laufenden Geschäftsbetrieb entsprechen³³. Zu der Frage, ob ein Mangel, der aus dem offen gelegten Jahresabschluss ersichtlich ist, Gewährleistungsansprüche ausschließt, s sogleich Punkt 1.7.

Um das Ausmaß der **Gewährleistungszusagen** möglichst **zweifelsfrei festzulegen**, sollten die Parteien daher

- einen **Katalog der ausdrücklichen Gewährleistungszusagen** erstellen;
- Sämtliche Gewährleistungszusagen für nicht ausdrücklich bedungene Eigenschaften (aus Sicht des Verkäufers) tunlichst **ausschließen**;
- auch eine Gewährleistung für allfällige öffentliche Äußerungen des Verkäufers, die seit der Gewährleistungsrechtsreform gem § 922 Abs 2 ABGB Vertragsinhalt werden, vertraglich ausschließen;

²⁹ *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 86.

³⁰ ZB OGH 7 Ob 553/88 wbl 1988, 341; für Deutschland s BGH I ZR 103/68 WM 1970, 819.

³¹ Für Deutschland BGH I ZR 103/68 WM 1970, 819, 821.

³² Siehe ausführlich Punkt 3.8.

³³ *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 86 mit Verweis auf *Puck* in *Nemec/Reicheneder*, Der Unternehmenskauf und seine Abwicklung in der Praxis 269.

- (aus Sicht des Verkäufers) klarstellen, dass **vorvertragliche Informationen** (insb ein Verkaufsprospekt bzw „*information memorandum*“ sowie Projektionen über zukünftige Geschäftsentwicklung in Business Plänen) keine Zusicherung darstellen.

1.4 Unternehmensmangel vs. Einzelmangel

1.4.1 Sachmängel

Sachmängel sind Mängel, die der Substanz der Sache im weiteren Sinn anhaften³⁴. Einen Unternehmensmangel begründen bspw Umstände, die das **gesamte Unternehmen** betreffen, wie etwa die mangelnde Ertragsfähigkeit oder ein schlechter Ruf (Unternehmensmangel im engeren Sinn). Darüber hinaus gibt es Sachmängel, die einzelnen Gegenständen des Betriebsvermögens anhaften (sog **Einzelmängel**; Unternehmensmangel im weiteren Sinn)³⁵. Letztere begründen beim Unternehmenskauf nur dann Gewährleistungsansprüche, wenn sie die **Mangelhaftigkeit des Unternehmens** als solches bewirken. In diesem Zusammenhang geht es daher um die Frage, wann ein Einzelmangel die Mangelhaftigkeit des ganzen Unternehmens zur Folge hat³⁶.

Das österreichische Recht stellt hierbei geringere Anforderungen als das dt Recht: Für das Vorliegen eines nach Gewährleistungsrecht bedeutenden Unternehmensmangels reicht es, dass der Mangel an dem Einzelgegenstand zumindest **Auswirkungen auf die Gebrauchstauglichkeit** oder den **Wert** des Unternehmens als Ganzes hat³⁷. Eine **Erschütterung der wirtschaftlichen Grundlagen** des Unternehmens ist hingegen **nicht nötig**³⁸.

Umgekehrt gibt es keine Gewährleistungsansprüche bei Mängeln an einzelnen Gegenständen des Betriebsvermögens, wenn diese Mängel nicht auf das Unternehmen an sich durchschlagen.

Als Unternehmenssachmängel kommen bspw in Frage³⁹:

- defekte Maschinen, kontaminierte Liegenschaften,

³⁴ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 923 Rz 3.

³⁵ Puck, Der Unternehmenskauf 33 ff.

³⁶ Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 86; Egermann/Winkler, RdW 2002, 197.

³⁷ Egermann/Winkler, RdW 2002, 197; Oberlechner, ecolex 2006, 628 f; Puck, Der Unternehmenskauf 50 f; Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 492.

³⁸ Erforderlich hingegen vor der Schuldrechtsnovelle (1.1.2002) in Deutschland: s Fleischer/Körber, BB 2001, 841; BGH I ZR 103/68 WM 1970, 819, 821; als Beispiele werden in Deutschland Mängel des Anlagevermögens, des erzeugten Produkts oder der Unternehmensorganisation angeführt, nicht jedoch zB bloß charakterliche Mängel von Mitarbeitern oder unerwartete Verbindlichkeiten (dazu Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 86 mwN in FN 39 ff); Holzappel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis⁸ (1997) Rn 307; zur neuen Rechtslage s Holzappel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ (2010) Rn 610 ff, 623 f; für Österreich: Puck in Nemec/Reicheneder, Der Unternehmenskauf und seine Abwicklung in der Praxis 267; Fritz, SWK 2005, W 169.

³⁹ Wiedenbauer/Klauninger, ecolex 2003, 397.

- unzureichender Lagerbestand,
- fehlender wirtschaftlicher Ertragswert,
- fehlender *goodwill*, schlechter Ruf sowie
- das Bestehen privat- oder öffentlichrechtlicher Verbindlichkeiten.

Da **unsicher** ist, ob der Mangel eines einzelnen – unter Umständen auch bedeutenden – Vermögenswerts im Streitfall als Mangel des gesamten Unternehmens angesehen werden würde, sind Gewährleistungszusagen oder Garantien in Verträgen unerlässlich⁴⁰. Entscheidend, ob ein Mangel als Unternehmensmangel oder als unbeachtlicher Einzelmangel anzusehen ist, ist in erster Linie der **Parteiwille**⁴¹. Liegt eine zugesicherte Eigenschaft nicht vor, so ist stets ein Unternehmensmangel gegeben. Da jedoch Zusagen nicht nur ausdrücklich sondern auch stillschweigend erfolgen können, ist der Parteiwille häufig nicht leicht nachweisbar. Daher sollte im Unternehmenskaufvertrag eine klare Regelung getroffen werden.

Die Unsicherheit betreffend die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften setzt sich bei der Frage nach der **Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch** fort, denn es gibt keine „normale“ Beschaffenheit eines Unternehmens, die es zum „gewöhnlichen Gebrauch“ tauglich machen würde⁴². Nach Auffassung des OGH⁴³ hat der Verkäufer für einen **bestimmten Gebrauch** nicht Gewähr zu leisten, wenn ihm der vom Verkäufer beabsichtigte Verwendungszweck bekannt war, sondern nur dann, wenn ihm darüber hinaus bekannt war oder sein musste, dass der Kaufgegenstand für diesen Gebrauch ungeeignet ist. Auch hier ist eine klare Vereinbarung in der Form einer Eigenschaftszusage vorteilhaft, da bei Untauglichkeit entgegen der Zusage jedenfalls ein Unternehmensmangel vorliegt.

1.4.2 Rechtsmängel

Mit Rechtsmangel ist eine Sache behaftet, wenn der Veräußerer dem Erwerber nicht die nach dem Vertrag geschuldete **Rechtsposition** verschafft⁴⁴. Ein Rechtsmangel ist bereits dann zu bejahen, wenn die Umstände, aus denen sich der behauptete Rechtsmangel ableitet, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststehen⁴⁵.

Privatrechtliche Rechtsmängel liegen etwa vor, wenn eine

- fremde oder
- mit Servitut, Pfandrecht oder Urheberrecht belastete

⁴⁰ Oberlechner, *ecolex* 2006, 628.

⁴¹ Puck, *Der Unternehmenskauf* 50.

⁴² Oberlechner, *ecolex* 2006, 628.

⁴³ OGH 6 Ob 669/86 JBl 1987, 315.

⁴⁴ Reischauer in *Rummel*, ABGB³ § 923 Rz 8; *Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht II*¹³, 70; OGH wobl 1998/229.

⁴⁵ OGH 10 Ob 21/08g.

Sache veräußert wird⁴⁶.

Als **öffentlichrechtliche** Mängel kommen nach der Jud insb

- Legalservituten⁴⁷,
- das Fehlen einer Betriebsanlagenbewilligung⁴⁸ oder
- Fehlen einer baubehördlichen Bewilligung⁴⁹,
- behördliche Untersagungen⁵⁰,
- fehlende Flächenwidmung als Baugrund⁵¹ oder
- Vorliegen von Untermiet- statt Hauptmietverträgen bei verkauftem Zinshaus⁵²

in Betracht⁵³.

Rechtsmängel an **einzelnen Teilen** des Betriebsvermögens können selbst bei Beeinträchtigung der Unternehmenstauglichkeit bloß **Sachmängel**, nicht jedoch Rechtsmängel des gesamten Unternehmens darstellen⁵⁴.

Rechtsmängel, die das **gesamte Unternehmen** betreffen, unterliegen hingegen der Rechtsmängelhaftung. Darunter fallen zB öffentlichrechtliche Verbote, wenn sich das Verbot auf die **unternehmerische Tätigkeit als solche** bezieht⁵⁵.

In allen anderen Fällen (wie zB mangelhafte Vertriebsmöglichkeiten wegen ausschließlicher Rechte Dritter) sind die Vorschriften über die Sachmängelgewährleistung analog heranzuziehen⁵⁶.

⁴⁶ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 923 Rz 8.

⁴⁷ OGH 6 Ob 390/97i RdW 1998, 606 = NZ 1998, 402 (Offenkundigkeit einer Legalservitut).

⁴⁸ OGH 3 Ob 530/59 JBl 1960, 492 (Betriebsanlagengenehmigung als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft).

⁴⁹ OGH 6 Ob 653/86 JBl 1987, 383 = NZ 1987, 204; OGH 2 Ob 622/87 JBl 1988, 787 (Fehlen der baubehördlichen Genehmigung); OGH ecolex 1992, 628; SZ 67/231: jederzeit widerrufbare Baubewilligung; OGH bbl 1999, 120.

⁵⁰ OGH SZ 70/127 = RZ 1998/20.

⁵¹ OGH GIU 14.142.

⁵² OGH wobl 1998/229.

⁵³ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 923 Rz 8.

⁵⁴ Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 86; Fritz, SWK 2005, W 169.

⁵⁵ Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 86 mit Verweis in FN 50 auf die dt Rsp und Lehre.

⁵⁶ Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 86 mit Verweis in FN 51 auf die dt Rsp und Lehre.

1.5 Besonderheiten der Gewährleistung beim Anteilskauf

Beim **Anteilskauf** (*share deal*) werden die Geschäftsanteile an der das Unternehmen betreibenden juristischen Person übertragen, dh das Unternehmen wird im Wege der Übertragung von Anteilen, die an seinem Rechtsträger bestehen, veräußert⁵⁷.

Es handelt sich grundsätzlich um den Erwerb eines Rechts und somit um einen **Rechtskauf**: **Vertragsgegenstand** ist prinzipiell die **Beteiligung** an einem Unternehmen und nicht das Sachsubstrat der Gesellschaft. Der Erwerber wird nicht Rechtsträger des Unternehmens sondern Gesellschafter. Diese Tatsache hat weitreichende Konsequenzen.

Da sich bei einem Anteils- oder Beteiligungskauf der Rechtsträger nicht ändert, bleiben die Verträge des Unternehmensträgers bestehen. Diese **Kontinuität der Rechtsverhältnisse** stellt einen großen **Vorteil** des Anteilskaufs dar⁵⁸. Auch von sachenrechtlicher Seite bestehen keine Schwierigkeiten, da die Beteiligung uno actu übertragbar ist. Gleichzeitig liegt in der Kontinuität des Rechtsträgers jedoch auch ein großes **Risiko** für den Erwerber, da er wirtschaftlich gesehen sämtliche Rechtsbeziehungen, Vermögen und Verbindlichkeiten des Unternehmens übernimmt und er keine Möglichkeit hat – außer im Wege einer vorbereitenden Umgründung – den Fortbestand bestimmter Rechtsverhältnisse auszuschließen⁵⁹.

1.5.1 Anteilsmängel – Unternehmensmängel

Aus Sicht des Gewährleistungsrechts ist die Rechtslage ungleich komplexer als beim Unternehmenskauf ieS, es sind nämlich zwei Arten der Mangelhaftigkeit denkbar: Zum einen kann der Anteil selbst mit einem Mangel behaftet sein. Beispiele für **Beteiligungs-** bzw **Anteilsmängel** wären etwa⁶⁰:

- der Verkauf fremder Gesellschaftsanteile,
- die Belastung der Gesellschaftsanteile (oder einzelner Rechte daran) mit Rechten Dritter, zB mit einem Pfandrecht oder Nießbrauch (*usus fructus*),
- die Nichtvolleinzahlung der Stammeinlage,
- eine erfolgte verbotene Einlagenrückgewähr⁶¹ oder
- die mangelnde Zustimmung der Mitgesellschafter zur Veräußerung⁶².

Diese Mängel betreffen jeweils unmittelbar die **Gesellschafterstellung** des Erwerbers, bspw das Stimmrecht, die Gewinnverteilung oder eine allfällige Geschäftsführungsbefugnis, wie sie sich aus dem Gesetz bzw der Satzung ergeben.

⁵⁷ Zur Unterscheidung zwischen *asset* und *share deal* OGH 2 Ob 134/07f, ecolex 2008, 335.

⁵⁸ Aigner, ecolex 2007, 16; Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch M&A 491.

⁵⁹ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I, Rz 9.

⁶⁰ Puck, Der Unternehmenskauf 34; Stainer, Die Gewährleistung beim Unternehmenskauf 13 f, 75 ff.

⁶¹ Siehe Fritz, SWK 2005, W 169.

⁶² Puck, Der Unternehmenskauf 33.

Häufiger jedoch kommt es vor, dass das Unternehmen selbst, das von der juristischen Person, an der die Anteile bestehen, betrieben wird, mangelhaft ist (s dazu ausführlich bereits Punkt 1.4). Derartige **Unternehmensmängel** sind von den Anteilsmängeln zu unterscheiden. Aus Sicht des Gewährleistungsrechts stellt sich dann die Frage, ob bzw inwieweit Mängel des Unternehmens auch auf den Anteil durchschlagen. Dies ist deshalb interessant, weil ja das **Anteilsrecht als solches**, und damit der Kaufgegenstand, in einem derartigen Fall gerade **keine Mängel** aufweist. Mangelhaft ist allenfalls das dem Anteilsrecht zugrundeliegende Sachobjekt, das wirtschaftliche Substrat.

Da das gesetzliche Gewährleistungsrecht grundsätzlich nur hinsichtlich der bedungenen und gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften des Kaufgegenstandes, somit der Anteile, greift, ist die entscheidende Frage somit, ob und unter welchen Voraussetzungen zu den **Eigenschaften des Anteilsrechts**, für die Gewähr zu leisten ist, auch die **Eigenschaften des Unternehmens** gehören⁶³.

1.5.2 Sondergewährleistungsrecht des Forderungskaufs

Infolge des den allgemeinen Gewährleistungsregeln des ABGB (§ 922 ff) zugrunde liegenden **weiten Sachbegriffs** gelten diese Regeln sowohl für körperliche Sachen als auch für Rechte. Darüber hinaus kommen beim Anteilskauf die **§§ 1397 f ABGB als Sondergewährleistungsrecht des Forderungskaufs** zur Anwendung, soweit der Anteilserwerb und der Forderungserwerb gleich gelagert sind⁶⁴.

Gem § 1397 ABGB haftet der Veräußerer bei einer entgeltlichen Abtretung einer Forderung nicht nur für deren **Richtigkeit** (Verität), sondern auch für die **Einbringlichkeit** (Bonität) bis zur Höhe des Entgelts. Demnach sind die maßgeblichen Eigenschaften bei der entgeltlichen Zession eines Forderungsrechts nicht nur die Richtigkeit, dh der Bestand des Rechts an sich, sondern darüber hinaus auch die **Einbringlichkeit**, also die **wirtschaftliche Tauglichkeit bzw die wirtschaftliche Güte** des Rechts. Beides sind nach der Rsp gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften iSd § 922 ABGB⁶⁵. Unter der wirtschaftlichen Güte eines Rechts ist seine Tauglichkeit, dem Inhaber eine bestimmt beschaffene Sache zu verschaffen, zu verstehen⁶⁶. Mit anderen Worten gehört zu den Eigenschaften eines Rechts auch die Beschaffenheit des Objekts, auf die sich das Recht bezieht⁶⁷. Es erscheint daher konsequent, die Eigenschaften des Vermögens einer Gesellschaft bzw die Eigenschaften einzelner Bestandteile dieses Vermögens auch beim Anteilskauf in die Gewährleistungspflicht des Veräußerers einzubeziehen.

⁶³ Wilhelm, RdW 1985, 266.

⁶⁴ Ertl in Rummel, ABGB³ § 1397 Rz 1; Fritz, SWK 2005, W 169; Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 86; Puck, Der Unternehmenskauf 17; Parschalk/Wahl, wbl 2003, 354; Wahl in Polster-Grüll/ Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 491.

⁶⁵ OGH 6 Ob 564/90 ecolex 1991, 24.

⁶⁶ Wilhelm, RdW 1985, 267 mit Verweis auf Gschnitzer in Klang² IV/1, 504 f.

⁶⁷ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 923 Rz 8a mit Verweis auf OGH RdW 1991, 12 = ecolex 1991, 24, Reich-Rohrwig/Thiery, ecolex 1991, 89.

Wesentlich ist, dass die mangelhafte Beschaffenheit des Objekts, die auf den Anteil durchschlägt, jedenfalls einen **Sachmangel** und keinen Rechtsmangel begründet⁶⁸. Auch beim Forderungskauf begründet die teilweise Uneinbringlichkeit der Forderung einen Sach- und keinen Rechtsmangel.

Fraglich bleibt, ob die **Haftungsbeschränkung** des § 1397 ABGB auf das **erhaltene Entgelt** beim Anteilskauf Anwendung findet. Das Problem besteht darin, dass bei einem Gesellschaftsanteil die Forderung nicht nur auf Geld gerichtet und somit am Nennbetrag messbar ist. Der Regelung des § 1397 ABGB liegt jedoch der Gedanke zugrunde, dass eine fällige und einbringliche Forderung grundsätzlich zum Nennbetrag verkauft wird. *Puck*⁶⁹ bspw vertritt daher die Auffassung, dass diese Regelung nur beim Kauf einer auf Geld gerichteten Forderung anwendbar sei, nicht jedoch beim Kauf von Forderungen, die auf andere Sachen als Geld gerichtet sind und daher keinen Nennwert haben. Denn beim Kauf der Sache selbst könne der Übernehmer immer preismindern, wenn sie einen geringeren als den gemeinen Wert aufweise. Beim Kauf einer Forderung auf diese Sache unter Anwendung der Haftungsbeschränkung des § 1397 ABGB jedoch nur dann, wenn der gemeine Wert der Sache das gezahlte Entgelt unterschreitet. Diese unterschiedliche Haftung bei ähnlich gelagerten Fällen sei nicht gerechtfertigt.

1.5.3 Das Unternehmen als wirtschaftliches Objekt des Anteilskaufs

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich für den Anteilskauf, dass bei einer entgeltlichen Abtretung einer Beteiligung die **Tauglichkeit des Mitgliedschaftsrechts**, dem Erwerber einen **vermögenswerten Anteil am Unternehmen** zu vermitteln, zu den Eigenschaften des Anteils gehört und daher von der Gewährleistung umfasst ist. Voraussetzung ist aber, dass nach dem Willen der Parteien (§ 914 ABGB) nicht bloß die Beteiligung, sondern auch das **Unternehmen selbst als wirtschaftliches Objekt des Anteilskaufs** anzusehen ist⁷⁰. In diesem Fall ist der *share deal* bloß ein Mittel zum Zweck, eine besondere Modalität, um die Verfügungsgewalt über das Unternehmen selbst zu erlangen⁷¹. Dh es kommt darauf an, ob die Parteien die Eigenschaften des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens zu solchen des Anteils erhoben haben. In diesem Zusammenhang ist zu klären, wieweit der Anteilskauf Risikogeschäft ist bzw wieweit die Güte des Anteils ausdrücklich oder stillschweigend zugesagt worden ist⁷². Ausschlaggebend ist somit der **Parteiwille** und in diesem Zusammenhang die **Vertragsauslegung**. In Vertragsverhandlungen bspw wird zur Kaufpreisbestimmung regelmäßig auf den wirtschaftlichen Wert Bezug genommen und auf die aktuelle Vermögens- und Ertragslage eingegangen (zB unter Vorlage von Bilanzen).

⁶⁸ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 923 Rz 8a mit Verweis auf eine ältere gegenteilige E des OGH SZ 66/129 = ecolx 1994, 224; später hingegen OGH 3 Ob 520/94 SZ 68/152 = EvBl 1996/8 = ecolx 1996, 15 (*Puck*); OGH 2 Ob 2140/96 ecolx 1996, 910.

⁶⁹ *Puck*, Der Unternehmenskauf 23 f; s auch *I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf I Rz 8 f.

⁷⁰ *Fritz*, SWK 2005, W 169.

⁷¹ *Reich-Rohrwig/Thiery*, ecolx 1991, 90.

⁷² *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 923 Rz 8a; *Puck*, Der Unternehmenskauf 18.

Beim **Kauf aller Anteile** durch den Erwerber ist jedenfalls schon nach der Verkehrsauffassung das Unternehmen als **wirtschaftliches Objekt des Beteiligungskaufes** anzusehen. Daher wird diesfalls von Lehre⁷³ und Rsp⁷⁴ aus gewährleistungsrechtlicher Sicht kein Unterschied gemacht, ob es sich um einen Unternehmenskauf i.e.S. oder um den Kauf sämtlicher Anteile an einer Gesellschaft handelt. Dies bedeutet, dass die Ausführungen zu den grundlegenden Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf⁷⁵ auf den Fall des Beteiligungskaufs übertragen werden können. Nach der Jud. wird auch nicht zwischen einer Beteiligung an einer GmbH und jener an einer AG unterschieden⁷⁶.

Fraglich ist nun, ob dies auch für den Erwerb einer **Mehrheitsbeteiligung** bzw sogar einer **Minderheitsbeteiligung** gilt.

Nach der Rsp des dt **BGH**⁷⁷ ist von einem Verkauf des Unternehmens auszugehen, wenn der Käufer eine **beherrschende Stellung** in dem Unternehmen erlangt und der Wille der Beteiligten auf einen Verkauf des Unternehmens gerichtet ist.

Für den Erwerb einer **Minderheitsbeteiligung** wird die Frage in der Lit nicht einheitlich beantwortet⁷⁸. *Kepplinger/Duursma*⁷⁹ meinen bspw., dass auch im Fall eines Kaufs einer Minderheitsbeteiligung eine Beteiligung an einem Unternehmen bestimmter Beschaffenheit erworben werden soll, wenn die Parteien Eigenschaften des Unternehmens mit jenen des Anteils in Verbindung gebracht haben. *Hasenauer/Pracht*⁸⁰ vertreten die Auffassung, dass bei Minderheitsbeteiligungen Unternehmensmängel beachtlich sind, sofern nicht eine reine Finanzbeteiligung erworben wird, sondern der Erwerber durch Ausübung von Minderheitenrechten, insb einer Sperrminorität, eine Art der Mitkontrolle über das Unternehmen ausüben kann. *Dorda/Ramsauer*⁸¹ etwa unterstellen dem Erwerber einer Minderheitsbeteiligung prinzipiell ein geringeres Interesse an der Beschaffenheit des

⁷³ *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 86; *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 354 f; *Puck*, Der Unternehmenskauf 13 ff.

⁷⁴ für Deutschland s bereits BGH I ZR 103/68 WM 1970, 819, 821; für Österreich zB OGH 3 Ob 520/94, 559/95 RdW 1996, 60 = ecolex 1996, 15 (*Puck*); OGH 4 Ob 1657/95; OGH 2 Ob 2140/96m, ecolex 1996, 910; OGH 8 Ob 37/02b; OGH 2 Ob 134/07f, ecolex 2008, 335; OGH 10 Ob 21/08y, ecolex 2009/257.

⁷⁵ Siehe Punkt 1.3.

⁷⁶ OGH 6 Ob 564/90 ecolex 1991, 24; *Röper*, ecolex 2009, 935.

⁷⁷ BGH I ZR 103/68 WM 1970, 819, 821.

⁷⁸ Siehe die Übersicht über die Lehrmeinungen in *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 86 in FN 86; ebenso die Übersicht bei *Röper*, ecolex 2009, 936; ein wesentlicher Unterschied zur dt Rechtslage resultiert aus der Tatsache, dass gem §§ 1397 ff ABGB nicht – wie nach § 437 BGB – nur für die Verität des Rechts einzustehen ist sondern auch für die Bonität.

⁷⁹ *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 86, 92; ebenso bereits *Reich-Rohrwig/Thiery*, ecolex 1991, 90.

⁸⁰ *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 23. nach *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 13, soll bei einem Erwerb einer Beteiligung von mindestens 10 % ein Indiz dafür vorliegen, dass die Eigenschaften des Anteils mit jenen des Unternehmens in Verbindung gebracht wurden.

⁸¹ *Dorda/Ramsauer* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 10.

Gesellschaftsvermögens und treten in diesem Zusammenhang für eine Einschränkung der Informationspflichten des Veräußerers ein (zu den Aufklärungspflichten des Veräußerers s. Punkt 1.10.2b)). *Wilhelm*⁸² hingegen stellt auch beim Anteilskauf ausschließlich auf die **Auslegung des Vertrages** ab: Es kommt darauf an, ob nach dem Parteiwillen das Unternehmen selbst als wirtschaftliches Objekt des Anteilskaufs anzusehen ist. Dies gelte auch beim Verkauf nur einzelner Anteile. Nach *Reischauer*⁸³ ist in jedem Einzelfall zu klären, wieweit der Anteilserwerb Risikogeschäft ist bzw. wieweit die Güte eines Anteils (ausdrücklich oder stillschweigend) zugesagt worden ist. Fließt die Güte eines Unternehmens in den Vertrag über den Anteilserwerb mit ein (selbst wenn es bloß um den Erwerb eines einzelnen Anteils geht), so werde damit auch eine gewisse Qualität der Anteile /des Anteils vereinbart. Entsprechendes gelte, wenn gewisse **das Unternehmen betreffende Umstände in den Vertrag mit einbezogen** worden sind. Was besonders deutlich wird, wenn ausdrücklich festgehalten worden ist, dass sie für den **Kaufpreis** ausschlaggebend sind.

Die genannten Literaturmeinungen, die auf die **Vertragsauslegung** abstellen, überzeugen: Nach dem **konkreten Fehlerbegriff** des österreichischen Gewährleistungsrechts ist entscheidend, ob nach dem Willen der Parteien gewisse Eigenschaften des wirtschaftlichen Substrats zu Eigenschaften des Anteils erhoben wurden und somit auf den Anteil durchschlagen. Es kommt also darauf an, ob die Parteien beabsichtigt haben, dass gewisse Mängel des Unternehmens auch als Anteilsmängel beachtlich sein sollen, oder nicht. Dies kann auch beim Erwerb einzelner Anteile der Fall sein.

Auch hier kommt es daher im Streitfall für das Bestehen oder Nichtbestehen von Gewährleistungsansprüchen wesentlich darauf an, den konkreten **Vertragsinhalt** festzustellen. Da bislang diese Fragen der Abgrenzung noch nicht ausjudiziert wurden, ist eine präzise vertragliche Vereinbarung von ganz entscheidender Bedeutung: In welchem Umfang der Verkäufer einer Beteiligung für Mängel des Unternehmens einzustehen hat, hängt von der Parteienvereinbarung ab. Je konkreter **auf die Eigenschaften des Unternehmens eingegangen** wird und je mehr die Vermögens- und Ertragslage bzw. die Ertragsaussichten nachweislich von **Einfluss auf die Preisbildung** waren, umso eher kann auf die konkreten Vorstellungen der Parteien über die Eigenschaften des Unternehmens geschlossen werden (**konkreter Fehlerbegriff**)⁸⁴.

Ein wesentlicher gewährleistungsrechtlicher Parameter beim Unternehmenskauf ist nämlich der **Kaufpreis**, aber selbst bei geringem Entgelt wird idR davon auszugehen sein, dass nach der Parteienabsicht das Unternehmen ohne Kapitalzufuhr fortführbar oder zumindest nicht überschuldet sein soll⁸⁵ (zur Ertragsfähigkeit s. bereits oben Punkt 1.3.1).

⁸² *Wilhelm*, RdW 1985, 267 unter Verweis auf die deutsche Mindermeinung sowie für Österreich auf *Gschnitzer* in Klang² IV/1, 504 f.

⁸³ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 923 Rz 8a.

⁸⁴ *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 86; *Fritz*, SWK 2005, W 169.

⁸⁵ *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 86.

1.5.4 Unternehmensmangel vs. Einzelmangel

Auch hier gilt, wie bereits beim Unternehmenskauf ieS: Damit ein Mangel auch als ein solcher des Unternehmens an sich zu werten ist, muss er auf den **Wert des Unternehmens durchschlagen**⁸⁶. Beeinträchtigt ein Mangel nicht die Tauglichkeit oder den Wert des Unternehmens als Ganzes bzw haftet er bloß einzelnen Gegenständen des Unternehmensvermögens an, so ist er – mangels besonderer vertraglicher Regelung – als unerheblich außer Betracht zu lassen. Ob solche Mängel die körperliche Beschaffenheit des Sachsubstrats des Unternehmens betreffen oder aber Umstände darstellen, die in der Beziehung zu Dritten liegen und den Wert des Unternehmens beeinträchtigen, ist gleichgültig. Dazu zählen inner- und außerbetriebliche Ereignisse, die geeignet sind, die Substanz bzw die Ertragskraft des Unternehmens zu mindern und mit denen nach dem gewöhnlichen Geschäftslauf nicht gerechnet werden muss⁸⁷. **Beispiele** hierfür sind etwa⁸⁸:

- funktionsuntüchtige Produktionsmaschinen;
- die unerwartete Beendigung wichtiger Vertragsbeziehungen;
- das Auftauchen unbekannter Verbindlichkeiten;
- Fehlbestände im Anlage- oder Umlaufvermögen, wenn von einem bestimmten Inventar ausgegangen wurde;
- das Fehlen wesentlicher Geschäftsunterlagen;
- das Nichtvorliegen betriebsnotwendiger Bau- oder Betriebsanlagengenehmigungen⁸⁹;
- unerwartete Kosten bei Altlastenbeseitigung;
- ein Eingreifen der Produktion in fremde Patent- oder Lizenzrechte oder
- der Verlust an wirtschaftlichem Wert des Unternehmens oder dessen „good will“.

All diese Fälle können den Wert des Unternehmens beeinflussen und daher von Relevanz sein.

1.6 Mangelhaftigkeit – Fazit

Gesetzlicher Ausgangspunkt für die Gewährleistung bei Unternehmenskauf nach § 922 ABGB ist die Haftung für den **vertragskonformen Zustand**. Das sind die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften. Dabei kann es sich um physische oder rechtliche, aber auch wirtschaftliche oder tatsächliche Verhältnisse des Vertragsgegenstandes handeln.

⁸⁶ *Oberlechner*, ecolex 2006, 628 f; *Puck*, Der Unternehmenskauf 34; *Reich-Rohrwig/Thiery*, ecolex 1991, 91; *Röper*, ecolex 2009, 936.

⁸⁷ *Fritz*, SWK 2005, W 169.

⁸⁸ *Keplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 86 mit Verweisen in FN 93 und 94.

⁸⁹ OGH 3 Ob 530/59 JBl 1960, 492 (Betriebsanlagengenehmigung); OGH 6 Ob 653/86 JBl 1987, 383 (baubehördliche Genehmigung); OGH 2 Ob 622/87 JBl 1988, 787 (baubehördliche Genehmigung).

Den Verkäufer trifft die Gesetzespflicht, für Sach- und Rechtsmängel einzustehen. Im Detail bestehen aber erhebliche **Unklarheiten und Unsicherheiten**⁹⁰:

- Zunächst ist fraglich, ob ein Unternehmen überhaupt gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften hat bzw wenn ja, welche dies sein sollen.
- Die Frage, unter welchen Voraussetzungen – insb ab welcher Anteilsgröße – **beim Anteilskauf Mängel des Unternehmens auch als Mängel der Beteiligung** aufzufassen sind, ist nicht abschließend geklärt. Nach hM gilt dies jedenfalls im Fall der Veräußerung sämtlicher Anteile einer Gesellschaft; selbst dann ist jedoch immer noch fraglich, ob der Mangel an einem bestimmten Vermögensgegenstand überhaupt als Unternehmensmangel qualifiziert werden kann⁹¹. Dies ist, wie oben ausgeführt, nur der Fall, wenn der Mangel den Unternehmenswert als solchen beeinträchtigt.
- Die Anwendbarkeit der in § 1397 ABGB vorgesehenen **Haftungsbeschränkung** auf das erhaltene Entgelt beim Anteilskauf ist fraglich; sie wird von der Lehre überwiegend abgelehnt; da diesbezüglich Jud fehlt, besteht auch in diesem Zusammenhang Rechtsunsicherheit.
- Die Vermutung des § 922 Abs 2, dass **öffentliche Äußerungen** des Übergebers im Rahmen der berechtigten Erwartungen des Erwerbers zum Vertragsinhalt werden, bereitet beim Anteilskauf Schwierigkeiten.

Diese beispielhafte Auflistung macht deutlich, dass die gesetzlichen Regeln für den Unternehmenskauf (historisch bedingt) in wesentlichen Bereichen nicht passend bzw nicht ausreichend sind.

1.7 Gesetzlicher Gewährleistungsausschluss bei offenkundigen Mängeln

Für Mängel einer Sache, die „**in die Augen fallen**“, oder wenn auf der Sache haftende **Lasten aus öffentlichen Büchern** ersichtlich sind, wird gem **§ 928 ABGB** keine Gewähr geleistet. Maßgebend für die Augenfälligkeit ist grundsätzlich der **Zeitpunkt des Vertragsabschlusses**. Hintergrund dieser Regelung ist, dass davon ausgegangen wird, dass offenkundige Mängel im Rahmen der Parteienvereinbarung Berücksichtigung gefunden und sich somit bereits im Kaufpreis niedergeschlagen haben, sodass die subjektive Leistungsäquivalenz gewahrt ist⁹².

1.7.1 Aus öffentlichen Büchern ersichtliche Lasten

Aus öffentlichen Büchern ersichtliche Lasten stehen den augenfälligen Mängeln gleich.

Darunter fällt jedenfalls das **Grundbuch**, wobei Augenfälligkeit sowohl hinsichtlich der im A2-Blatt als auch der im C-Blatt eingetragenen Umstände gegeben ist⁹³. Als Mangel kommen insb bestehende Servituten in Betracht.

⁹⁰ Siehe hierzu *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 353.

⁹¹ *Wilhelm*, ecolex 2005, 741, spricht diesbezüglich von einer „Qualifikationslotterie“.

⁹² *Puck*, Der Unternehmenskauf 101; für das neue Gewährleistungsrecht s *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 928 Rz 1 ff; s auch *Röper*, GesRZ 2009, 136.

⁹³ OGH 3 Ob 572/91 wobl 1992/115 (*Call*).

Gibt der Verkäufer mit dem Grundbuchsstand nicht im Einklang stehende **Zusagen** ab⁹⁴, so darf er die korrespondierenden Erklärungen des Erwerbers nicht mehr als auf dem Grundbuchsstand beruhend ansehen. Der Zusagende haftet, selbst wenn der Erwerber erklärt hat, den Grundbuchsstand zu kennen⁹⁵.

Sind bestimmte Mängel (zB eine Servitut) nicht im Grundbuch eingetragen, so ist bei Augenfälligkeit (zB anlässlich einer Besichtigung der Liegenschaft) die Gewährleistung dennoch ausgeschlossen⁹⁶.

Auch die **Landtafeln** zählen zu den öffentlichen Büchern. Strittig ist dies jedoch bei den **Wasserbüchern**⁹⁷. Der **Altlastenatlas** ist nach überwiegender Auffassung kein öffentliches Buch iSd § 928 ABGB⁹⁸.

Beim **Firmenbuch** ist fraglich, welche Lasten in Frage kommen. Zu denken wäre etwa an rückständige Einlagen auf GmbH-Geschäftsanteile. Jedenfalls können aber durch Veröffentlichung im Firmenbuch offenkundige Mängel vorliegen. Dazu s sogleich.

1.7.2 Augenfällige Mängel

a) Augenfälligkeit

Für augenfällige Mängel besteht gem § 928 ABGB grundsätzlich keine Gewährleistung. Hintergrund dieser Bestimmung ist der Gedanke, dass der Erwerber derartige Mängel ohnehin bei der Vertragsgestaltung, insb beim Preis, berücksichtigt. Die fehlende Eigenschaft wird demnach gar nicht erst zum Vertragsinhalt und ist somit auch nicht geschuldet. Vertragsgegenstand wird vielmehr die Sache samt dem augenfälligen Mangel. Nach erklärungs- und vertrauens-theoretischen Gesichtspunkten kann der Veräußerer die Erklärung des Erwerbers so deuten, dass jener sie mit dem augenfälligen Mangel erwerben will, dass sie in diesem Zustand vertragsgemäß sein soll⁹⁹.

Augenfällige Mängel sind solche, bei denen der Mangel bei **durchschnittlicher Sorgfalt besonders leicht**, dh **ohne weiteres**, erkennbar ist. Dies entspricht im Wesentlichen der **groben Sorgfaltswidrigkeit**, jedoch gilt ein **objektiver** Maßstab¹⁰⁰: Nur der grob

⁹⁴ Siehe *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 7; vgl OGH 1 Ob 274/68 SZ 41/182 = JBl 1970, 142.

⁹⁵ OGH 3 Ob 572/91 wobl 1992/115 (*Call*).

⁹⁶ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 7 mwN.

⁹⁷ Gegen die Einbeziehung *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 7; diese seien im Bewusstsein der Bevölkerung nicht so sehr verankert, dass man von der Einsichtnahme ausgehen könnte; aM *Binder in Schwimann V* § 928 Rz 6.

⁹⁸ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 7 mit Verweis auf *Binder in Schwimann V* § 928 Rz 6 und *Zankl*, *ecolex* 1990, 609; aA *Berger/Onz*, *Altlastenhaftung* 55.

⁹⁹ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 3.

¹⁰⁰ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 1, wegen Vermutung der subjektiven Fähigkeiten ist jedoch der praktische Unterschied nicht groß.

sorgfaltswidrige erkennt den Mangel nicht. Der als Fachmann auftretende muss sich die betreffende Sachkenntnis zurechnen lassen¹⁰¹.

Maßgeblicher **Zeitpunkt** für die Augenfälligkeit ist jener, zu dem der Erwerber seine bindende **Willenserklärung abgibt** (meist wird der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses damit zusammenfallen)¹⁰². Dies ergibt sich daraus, dass der Erwerber nur bis zu diesem Moment die Möglichkeit hat, den augenfälligen Mangel bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen.

Entsteht jedoch der Mangel erst **zwischen Besichtigung und Abschluss**, sind nach dem Konzept des § 928 ABGB die Gewährleistungsrechte nicht ausgeschlossen¹⁰³. In einem solchen Fall hatte der Erwerber faktisch keine Möglichkeit, die Mangelhaftigkeit zu erkennen und in die Vertragsbedingungen einfließen zu lassen. Dh selbst wenn bei Vertragsabschluss der Mangel leicht erkennbar gewesen wäre, tritt in einem solchen Fall dennoch kein Ausschluss der Gewährleistungsansprüche ein. Beim Unternehmenskauf können derartige Fälle insb dann relevant sein, wenn die Mangelhaftigkeit erst **nach Durchführung der Due Diligence Prüfung**, jedoch vor Vertragsabschluss eintritt bzw erkennbar wird.

b) Keine Untersuchungs- bzw Rügeobliegenheit

Am Gewährleistungsausschluss für leicht erkennbare Mängel setzt eine grundlegende **Strategie des Veräußerers** eines Unternehmens an: Wenn er dem Käufer **weitgehend Einsicht** in das Unternehmen gewährt, insb in die Geschäftsunterlagen, und ihn über Umstände, die für den wirtschaftlichen Wert von Bedeutung sind, aufklärt, kann er davon ausgehen, dass er für Mängel, die im Zuge der Einsichtnahme durch den Käufer ohne weiteres erkennbar waren, grundsätzlich keine Gewähr leisten muss.

Umgekehrt trifft jedoch den Käufer grundsätzlich **keine Obliegenheit zur Prüfung** auf nicht augenfällige Mängel¹⁰⁴.

Laut OGH besteht eine solche Obliegenheit auch nicht im Anwendungsbereich des § 377 Abs 1 UGB: Die **unternehmensrechtliche Rügepflicht** gem § 377 ff UGB¹⁰⁵, der zufolge der Käufer mangels Anzeige des Mangels binnen angemessener Frist seine Ansprüche aus Gewährleistung, Schadenersatz und Irrtum iZm dem Mangel verliert¹⁰⁶, gilt nach der Jud¹⁰⁷

¹⁰¹ *Gschnitzer in Klang*, ABGB 522.

¹⁰² *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 2.

¹⁰³ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 3.

¹⁰⁴ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 1 mit Verweis auf *Wilhelm*, Anm zu OGH 1 Ob 745/79 EvBl 1980/193 = JBl 1981, 203; ebenso *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 628; *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 360; zur dt Rechtslage *Fleischer/Körber*, BB 2001, 844; aA *Löber* in FS Michalek 287, der von einer Verkehrssitte hinsichtlich der Durchführung einer Due Diligence ausgeht und sich auf die Geschäftsführersorgfalt beruft; dagegen ist anzumerken, dass die Geschäftsführersorgfalt primär dem Schutz der Interessen der Gesellschaft dient, jedoch den Zweck hat, den Verkäufer zu begünstigen.

¹⁰⁵ Zur „Mängelrüge light“ seit dem Handelsrechtsänderungsgesetz beim beiderseitigen Unternehmensgeschäft s *Dehn*, *ecolex* 2006, 278; *Wahl* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 493 mwN.

¹⁰⁶ Ansprüche wegen Mangelfolgeschäden sowie deliktische Schadenersatzansprüche bleiben erhalten.

und Lehre¹⁰⁸ für Einzelsachen bzw Umsatzgeschäfte, nicht hingegen für den Unternehmenskauf als solchen. Handelskauf ist danach ein Kaufvertrag über Waren oder Wertpapiere, nicht jedoch über Unternehmen. Dem Unternehmen fehlt die Warenqualität, dem Unternehmenskauf fehlt der Charakter eines typischen Umsatzgeschäfts¹⁰⁹.

Daher besteht beim **Unternehmenskauf ieS** (*asset deal*) prinzipiell **keine Untersuchungs- oder Rügeobliegenheit**.

Betreffend den Anteilskauf (*share deal*) ist die Anwendbarkeit des § 381 UGB zu prüfen: Diese Bestimmung erfasst ausschließlich umlauffähige Wertpapiere (Inhaber- und Orderpapiere), die Waren gleichstehen¹¹⁰. **GmbH-Anteile** sind keine Wertpapiere, sodass die Anwendbarkeit der §§ 377 ff UGB von vornherein ausgeschlossen ist¹¹¹. **Namensaktien** sind zwar Wertpapiere, jedoch keine Waren, weshalb auch für sie keine Untersuchungs- oder Rügeobliegenheit besteht¹¹².

Fraglich bleibt nur, was für **Inhaberaktien** zu gelten hat¹¹³: Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, wird hier darauf abgestellt werden müssen, ob im Ergebnis ein Unternehmenskauf vorliegt, der zu einem Durchschlagen der Unternehmensmängel auf die Anteile führt. Ist dies der Fall, ist der *share deal* dem *asset deal* gleichzuhalten und § 377 UGB nicht anzuwenden¹¹⁴. Da beim Anteilskauf ein Mangel an einem Vermögensgegenstand des Unternehmens gewährleistungsrechtlich überhaupt nur dann relevant ist, wenn der Mangel zum einen auf den Unternehmenswert und zum anderen auch auf den Anteil durchschlägt (s ausführlich Punkt 1.5.3 und Punkt 1.5.4), wird dann, wenn das Unternehmen als wirtschaftliches Objekt des Anteilskaufs qualifiziert werden kann, gleichzeitig hinsichtlich § 377 UGB der *share deal* einem *asset deal* gleichzuhalten sein. Damit besteht auch beim Beteiligungserwerb über Inhaberaktien grundsätzlich keine Untersuchungs- bzw Rügeobliegenheit bezüglich Unternehmensmängeln. Im Anwendungsbereich des § 381 UGB

¹⁰⁷ OGH 3 Ob 290/01w ÖJZ 2002/136 = RdW 2002/495, 531; OGH 3 Ob 290/01w, GeS 2003, 22 = ÖJZ 2002/136.

¹⁰⁸ ausführlich I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 12 ff; ebenso bereits Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 93; Kramer in Straube, UGB I³ Vor §§ 373-382 Rz 7; Schauer in Krejci, Reform-Kommentar UGB§ 377 Rz 3; Oberlechner, ecolex 2006, 628 ff; Reich-Rohrwig/Thiery, ecolex 1991, 93; Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch M&A 494; Wilhelm, RdW 1985, 267.

¹⁰⁹ Roth/Fitz, Unternehmensrecht², 320; 3 Ob 290/01w, ÖJZ 2002/136.

¹¹⁰ Aicher/Schuhmacher in Krejci, Unternehmensrecht mit Wertpapierrecht⁴, 475.

¹¹¹ Kramer in Straube, UGB I³ § 381 Rz 2.

¹¹² Röper, ecolex 2009, 935 f.

¹¹³ Offen lassend Parschalk/Wahl, wbl 2003, 355; ebenso Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch M&A 494.

¹¹⁴ Röper, ecolex 2009, 936.

verbleibt somit eine Rügepflicht nur hinsichtlich Mängeln der Wertpapierurkunde selbst¹¹⁵. Eine Klarstellung im Anteilskaufvertrag ist dennoch empfehlenswert.

c) Abgrenzungsfragen der Augenfälligkeit

Grob fahrlässige Unkenntnis ist anzunehmen, wenn der Mangel **offen zutage tritt**. Dies wäre beim Unternehmenskauf beispielsweise der Fall, wenn in den vom Verkäufer zur Verfügung gestellten Geschäftsunterlagen direkt und unmittelbar darauf Bezug genommen wird.

Sichtbarkeit ist (entgegen dem Wortlaut „in die Augen fällt“) nicht erforderlich¹¹⁶. Der Mangel muss nicht einmal in die Sinne fallen¹¹⁷. **Notorietät** ist ausreichend¹¹⁸.

Ebenso tritt nach der Rsp der Gewährleistungsausschluss ein, wenn **erkennbare äußere Mängel** (wie zB Gebäuderisse oder ein großer Deckel im Boden) **ohne weiteres auf den inneren Zustand schließen** lassen¹¹⁹, wenn auch eine endgültige Klärung erst durch einen Sachverständigen erfolgen kann¹²⁰. Diese Rechtsauffassung ist für den Unternehmenskauf besonders relevant, da es in diesem Zusammenhang vorkommen kann, dass Mängel zwar nicht unmittelbar in den zur Verfügung gestellten Urkunden ersichtlich sind, aus diesen Unterlagen jedoch ohne weiteres auf den „inneren Zustand“ des Unternehmens geschlossen werden kann.

Beim Kauf einer größeren Menge entfällt die Gewährleistung, wenn ein **grober Überblick** die Mangelhaftigkeit gezeigt hätte¹²¹. Im einzelnen ist vieles unklar bzw strittig. Plakatativ hierfür ist bspw die Diskussion zu der Frage aus dem täglichen Leben, ob die auf der Verpackung von Lebensmitteln angegebene empfohlene Aufbrauchsfrist augenfällig ist oder nicht¹²².

Da nach der Rsp grundsätzlich **keine Obliegenheit zur Untersuchung** besteht, ist mE davon auszugehen, dass eine die Gewährleistung ausschließende Augenfälligkeit immer nur dann vorliegen kann, wenn der Mangel **ohne genaueres Hinsehen** erkennbar ist. Diejenigen

¹¹⁵ Röper, ecolex 2009, 936 f.

¹¹⁶ ZB Geräuschpegel beim Kauf einer Wohnung: OGH Miet 31.115.

¹¹⁷ ZB Rechtsmängel: OGH 6 Ob 653/86 JBl 1987, 383 (fehlende Baubewilligung); OGH SZ 67/231.

¹¹⁸ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 928 Rz 1; OGH HS 7326/11 zur Zuchtfähigkeit eines Jungtieres.

¹¹⁹ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 928 Rz 1; OGH 6 Ob 390/97i RdW 1998, 606 (großer ohne weiteres erkennbarer Deckel lässt auf Schacht für einen Kabelkanal und damit auf eine Legalservitut schließen); bei Motorengeräuschen ist dies für den Laien selten der Fall: OGH 7 Ob 79/55 EvBl 1955/292: Aus dem bloßen nicht richtigen Funktionieren des Motors konnte der Käufer nicht den Umfang des Mangels erkennen; ähnlich OGH 6.11.1986, 6 Ob 653/86 JBl 1987, 383 = NZ 1987, 204 (konsensloses Bauwerk): die Unkenntnis der einschlägigen baurechtlichen Bestimmungen kann dem juristischen Laien nicht als grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden.

¹²⁰ OGH Rsp 1935/32.

¹²¹ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 928 Rz 1; s bereits OGH 19.7.1893 Nr. 8196 GIU 31. Band (1897) 14.767.

¹²² Die Augenfälligkeit verneinend Iro, RdW 1987, 250; aM Madl, RdW 1988, 192.

nämlich, die darauf abstellen, ob die Unterlassung genaueren Hinsehens (dh einer Untersuchung) grob sorgfaltswidrig ist oder nicht, gelangen im Ergebnis zwangsläufig doch zu einer – nach der Rsp jedoch kategorisch zu verneinenden – Untersuchungsobliegenheit.

Für die Problematik der empfohlenen Aufbrauchfrist bei Lebensmitteln bedeutet dies, dass nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich schon aufgrund der regelmäßig recht kleinen Schriftgröße das Ablaufdatum gerade nicht „ohne weiteres“, dh ohne genaueres Hinsehen, erkennbar ist und somit Augenfälligkeit zu verneinen ist. Darauf, ob erst der grob Sorgfaltswidrige die nähere Untersuchung des Ablaufdatums (durch genaueres Hinsehen) unterlassen würde oder nicht, kann es nicht mehr ankommen¹²³. Jede andere Auffassung setzt sich in einen unauflösbaren Widerspruch zur bestehenden Jud. Denn wenn Augenfälligkeit keiner Untersuchung bedarf¹²⁴, dann ist es irrelevant, ob eine solche Untersuchung grob oder leicht fahrlässig unterlassen wurde. Nichts anderes kann für den Unternehmenskauf gelten. Zu den rechtlichen Auswirkungen einer unterlassenen Due Diligence-Prüfung s ausführlich weiter unten Punkt 1.9.2.

d) Arglistiges Verschweigen / Gegenteilige Zusicherung des Verkäufers

Trotz Augenfälligkeit bleiben Gewährleistungsansprüche bestehen, wenn der Verkäufer den offenkundigen Mangel **arglistig verschwiegen** hat¹²⁵. Dies entspricht dem **vertrauenstheoretischen Konzept** der Bestimmung.

Der Vertrauens Theorie entspricht es auch, dass der Gewährleistungsausschluss nicht greift, wenn der augenfällige Mangel im Abschlusszeitpunkt aus irgendwelchen Gründen für den konkreten Erwerber nicht ohne weiteres erkennbar war. Dies wäre zB der Fall, wenn der Veräußerer den Mangel bloß (grob) fahrlässig verdeckt oder der Erwerber blind ist¹²⁶. Dann kommt der Vertrag über eine mangelfreie Sache zustande.

Gleiches gilt, wenn eine **gegenteilige ausdrückliche Zusage** besteht¹²⁷. Derartige Fälle kommen in der Praxis häufig vor, wenn der Käufer im Zuge einer Due Diligence gewisse Mängel ohne weiteres erkennen hätte können, er deren Vorliegen vielleicht sogar vermutet und dann im Gewährleistungskatalog gegenteilige Zusicherungen ausverhandeln kann, um sich gegen die erkennbaren Risiken abzusichern. Hier ist jeweils davon auszugehen, dass dem Käufer Gewährleistungsansprüche zustehen. Dies ist ja gerade Sinn und Zweck der gegebenen Gewährleistungszusagen.

¹²³ AA offenbar, jedoch ohne weitere Begründung, *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 1, der unter Hinweis auf den Kauf vieler Lebensmittel im Supermarkt davon ausgeht, dass die Unterlassung der Untersuchung nicht grob sorgfaltswidrig sei.

¹²⁴ An anderer Stelle *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 5.

¹²⁵ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 4.

¹²⁶ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 3.

¹²⁷ OGH 3 Ob 24/05h; für den besonders geregelten Fall von Lasten, die aus öffentlichen Büchern ersichtlich sind, s § 928 Fall 2 ABGB: Auch hier gilt, dass wenn der Verkäufer mit dem Grundbuchsstand nicht im Einklang stehende Zusagen abgibt, er die korrespondierenden Erklärungen des Erwerbers nicht mehr als auf dem Grundbuchsstand beruhend ansehen darf; der Zusagende haftet, selbst wenn der Erwerber erklärt hat, den Grundbuchsstand zu kennen (dazu bereits oben bei Punkt 1.7.1).

Der vom Gesetz verwendete Begriff „ausdrückliche Zusage“ meint nach Ansicht von *Reischauer*¹²⁸ nichts anderes als eine **besondere Zusage**. Diese könne nicht nur ausdrücklich (ieS) sondern **auch bloß schlüssig** erfolgen, solange sie aus einem positiven Verhalten des Veräußerers ableitbar und geeignet ist, durch Erweckung einer der Wirklichkeit widersprechenden Vorstellung auf den Entschluss des Geschäftspartners zum Vertragsabschluss einzuwirken¹²⁹. Aus bloßem Schweigen darf ohne Vorliegen besonderer Umstände iSd § 863 ABGB keine Zusage abgeleitet werden. Die Zusage kann völlige Fehlerfreiheit¹³⁰ oder Freiheit von einzelnen bestimmten Fehlern¹³¹ beinhalten.

Zur Frage, ob positive Kenntnis von der Unrichtigkeit einer Zusage die Gewährleistung ausschließt, s sogleich.

e) **Augenfällige Mängel / offene Mängel**

Augenfällige (offenkundige) Mängel sind ein **Teilbereich** der offenen Mängel. Sie sind jedoch nicht generell mit offenen Mängeln gleichzusetzen: Ein **offener Mangel** ist jeder Mangel, der **erkennbar** ist. Unter die **augenfälligen** Mängel fallen hingegen nur solche, die bei durchschnittlicher Sorgfalt **ohne weiteres erkennbar** sind¹³².

Im Gegensatz zu den offenen Mängeln sind **geheime Mängel** nicht einmal erkennbar¹³³. Sie werden daher auch als verborgene Mängel bezeichnet.

f) **Abgrenzung zum Verzicht**

Die Annahme einer Sache, die augenfällig mangelhaft ist, kann nicht automatisch mit einem stillschweigenden Verzicht gleichgesetzt werden¹³⁴. Ein stillschweigender Verzicht ist nur unter den Voraussetzungen des **§ 863 ABGB** anzunehmen, nämlich wenn bei Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund zu zweifeln übrig bleibt.

Zum anderen ist das Konzept des § 928 ABGB mE überhaupt nicht mit jenem des stillschweigenden Verzichts vereinbar: Das Fehlen eines Gewährleistungsanspruchs ergibt sich **unmittelbar aus § 928 ABGB**. Die Augenfälligkeit des Mangels führt dazu, dass die Sache samt Mangel zum Inhalt des Vertrages wird. Die Mangelfreiheit war daher zu keinem Zeitpunkt geschuldet, und demzufolge hat auch nie ein Gewährleistungsanspruch bestanden, auf den verzichtet werden könnte. Ein Verzicht (ob stillschweigend oder ausdrücklich) würde voraussetzen, dass ein Anspruch überhaupt zunächst gültig entstanden ist.

¹²⁸ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 5; unter Verweis auf OGH 1 Ob 274/68 SZ 41/182 = JBI 1970, 142; sowie OGH 2 Ob 570/94 ecolex 1995, 173 (*Wilhelm*) = NZ 1995, 129; ebenso *Röper*, GesRZ 2009, 136.

¹²⁹ So OGH 1 Ob 274/68 SZ 41/182 = JBI 1970, 142.

¹³⁰ OGH 2 Ob 218/52 SZ 25/73.

¹³¹ OGH 2 Ob 570/94 ecolex 1995, 173 (*Wilhelm*) = NZ 1995, 129; OGH 1 Ob 274/68 SZ 41/182 = JBI 1970, 142.

¹³² *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 1; übersehend: OGH ecolex 1998, 247.

¹³³ ZB Altlasten; OGH 1 Ob 536/90 JBI 1990, 648; s auch bereits OGH 2 Ob 218/52 SZ 25/73.

¹³⁴ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 2; s jedoch OGH wbl 1987, 312.

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die **relevanten Zeitpunkte** unterschiedlich sind: Soll in der Annahme einer augenfällig mangelhaften Sache bei Vorliegen besonderer Umstände (§ 863 ABGB) ein Verzicht zu sehen sein, so ist für die Beurteilung dieser Frage wohl der Zeitpunkt der Übergabe relevant. Hingegen kommt es, wie unter Punkt 1.7.2 a) ausgeführt, regelmäßig auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, bzw. genauer auf jenen der Besichtigung, an. Hieraus können sich Unterschiede ergeben.

Beide Konzepte sind somit hinsichtlich des Vorliegens der jeweiligen Voraussetzungen getrennt voneinander zu beurteilen.

1.7.3 Bekannte Mängel

a) Größenschluss

Ein Größenschluss *a minori ad maius* aus § 928 ABGB ergibt, dass der Übergeber für solche Mängel, die dem Übernehmer nicht nur erkennbar sondern im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses tatsächlich **bekannt** waren, grundsätzlich nicht aus dem Titel der Gewährleistung haftet¹³⁵. Nicht ausschlaggebend ist, wie der Erwerber diese Kenntnis erlangt hat. In Betracht kommen Informationen von Seiten des Veräußerers (zB durch so genannte *Disclosure Schedules/Exhibits*) oder eines Dritten oder die im Zuge einer Due Diligence-Prüfung erlangte Kenntnis.

b) Kenntnis der Mangelhaftigkeit

Nach der in Deutschland vertretenen Lehre und Rsp reicht allerdings die bloße **Kenntnis der den Mangel begründenden Umstände** nicht aus¹³⁶. Vielmehr muss der Erwerber erkannt haben, dass sich aus diesen Umständen eine **Wert- oder Brauchbarkeitsminderung** und damit ein Mangel ergibt.

c) Wissenszurechnung

1.7.3.c.1 Wissen Dritter

Eine heikle Frage im Zusammenhang mit der Mangelkenntnis ist, inwieweit dem Erwerber das **Wissen Dritter zugerechnet** werden kann¹³⁷. IdR betrifft dies Experten im Rahmen einer Due Diligence-Prüfung.

Die Lehre unterscheidet zwischen **internen Hilfspersonen**, bei denen eine Wissenszurechnung regelmäßig abzulehnen sein soll¹³⁸, und **externen Beratern**, bei denen eine Wissenszurechnung erfolgen soll¹³⁹. Externe Berater sind solche, die mit der

¹³⁵ Puck, Der Unternehmenskauf 101; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 83.

¹³⁶ Fleischer/Körber, BB 2001, 847; Westermann in Münchner Kommentar § 460 Rn 4; BGH NJW 1961, 1860.

¹³⁷ Altmeyden, BB 1999, 749 ff.

¹³⁸ Für Deutschland Fleischer/Körber, BB 2001, 847 mit Verweis ua auf BGH WM 1974, 312 und auf BGH NJW-RR 1997, 270.

¹³⁹ Fleischer/Körber, BB 2001, 847 mit Verweis ua auf BGHZ 83, 293, 296 BB 1982, 1262; BGH NJW 1989, 1792, 1793; BGH NJW 1992, 899; Schramm in Münchner Kommentar § 166 BGB Rz 23a.

eigenverantwortlichen Prüfung betraut und zur Weiterleitung der erlangten Informationen verpflichtet sind.

Eine Verpflichtung zur Beiziehung externer Sachverständiger besteht grundsätzlich nicht.

1.7.3.c.2 Wissenszurechnung im Verband

Eine weitere diffizile Frage betrifft die **Wissenszurechnung innerhalb des Verbandes**, wenn es sich beim Erwerber – wie es häufig der Fall ist – um eine juristische Person handelt.

Dieselbe Frage stellt sich auf Seite des Verkäufers bei der Anfechtung des Kaufvertrages wegen Arglist. Es wird an dortiger Stelle (s Punkt 1.15.3) näher darauf eingegangen.

d) Beweislast

Die **Beweislast** für die Kenntnis des Mangels trägt, da es sich um ein anspruchsvernichtendes Sachverhaltsmerkmal handelt, grundsätzlich der Anspruchsgegner und somit der Veräußerer. Dadurch dürfte dieser Gewährleistungsausschluss in der Praxis relativ zahnlos sein.

e) Gegenteilige Zusicherung des Verkäufers

Strittig ist, ob Gewährleistungsansprüche auch dann ausgeschlossen sein sollen, wenn der Mangel zwar offengelegt und damit bekannt ist, der Übergeber jedoch eine **gegenteilige Zusicherung** abgegeben hat. Diese Problematik ergibt sich dann, wenn bei einem Unternehmenskauf eine umfassende Offenlegung unternehmensspezifischer Umstände erfolgt, aus der der Mangel ersichtlich wird, im Kaufvertrag schließlich aber vom Verkäufer eine gegenteilige Zusicherung geleistet wird.

Sieht man die Zusicherung als reine **Wissenserklärung** und geht man davon aus, dass die Gewährleistungssanktionen nur enttäuschte Schuldnererwartungen treffen wollen, so scheint es vertretbar, den Gewährleistungsausschluss auch in solchen Fällen greifen zu lassen¹⁴⁰.

Überzeugender ist hingegen die gegenteilige Auffassung von *Reischauer*¹⁴¹, der meint, vom **vertrauenstheoretischen Ansatz** her sei immer zu fragen, ob nicht auch dem Wissenden mehr Qualität wirksam versprochen wurde. **Zusicherung verpflichtet daher jedenfalls**¹⁴². Da diese Problematik insb Fälle betrifft, in denen der Erwerber eine Due Diligence durchgeführt hat, wir hierauf unter Punkt 1.9.3b) näher eingegangen.

f) Sonderregelung für Schulden und Rückstände

Im Zusammenhang mit augenfälligen und bekannten Mängeln stellt § 928 letzter Satz ABGB die Vermutung auf, dass der Käufer einer Sache mit darauf lastenden **Schulden und Rückständen** (zB öffentlich-rechtliche Abgaben, wie Grundsteuer oder Aufschließungsbeiträge, sonstige Steuern, Zölle etc), für welche er im Außenverhältnis haften

¹⁴⁰ So *Gschnitzer* in *Klang* IV/I² 508 ff, 521; auf diesen verweisend *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 353; obiter OGH HS 6373/4.

¹⁴¹ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 1, 5; *Binder* in *Schwimann*, ABGB³ § 928 Rz 13; ebenso *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 928 Rz 1 ff.

¹⁴² mit Verweis auf OGH 9.3.1955, 7 Ob 79/55 ÖJZ 1955/292 (EvBl); OGH 5.3.1980, 1 Ob 745/79 EvBl 1980/193 = JBl 1981, 203 (Anm *Wilhelm*).

würde, selbst dann nicht einverstanden ist, wenn er diese **kennt** oder die Schulden **offenkundig** sind. Den Verkäufer trifft somit eine **Depurierungspflicht**, er hat dem Käufer volle Vergütung zu leisten¹⁴³. Anderes gilt bei Bestehen einer besonderen Vereinbarung, die ausdrücklich oder schlüssig erfolgen kann¹⁴⁴.

Die Bestimmung des § 928 letzter Satz ABGB stellt ungeachtet ihrer Einordnung im Gewährleistungsrecht nach Auffassung des OGH keine Gewährleistungsbestimmung dar¹⁴⁵. Das Gesetz stellt vielmehr die **Vermutung** auf, dass sich der Erwerber bspw zwar mit der Übernahme von Servituten und fortlaufenden Lasten, nicht aber mit der Übernahme von Pfandrechten einverstanden erklärt.

Eine uneingeschränkte Anwendung dieser Vorschrift auf den Unternehmenskauf erscheint jedoch nach Auffassung von *Kepplinger/Duursma*¹⁴⁶ nicht praxisgerecht, da ein Unternehmen idR Verbindlichkeiten aufweist und diese im Kaufpreis berücksichtigt werden. Häufig wird daher die Übernahme eines gewissen Schuldenstandes zumindest schlüssig vereinbart sein. Weicht allerdings der tatsächliche Schuldenstand vom vereinbarten ab, so hat dies einen Unternehmensmangel zur Folge. Der Erwerber kann diesfalls Verbesserung in der Form der Freistellung von den Schulden verlangen.

Zu den Schulden und Rückständen iSd § 928 letzter Satz ABGB, die auf der Sache haften, zählen neben **privatrechtlichen Schulden**, wie zB

- Pfandschulden, auch exekutive Pfandrechte¹⁴⁷,
- und Lasten, wie zB Reallasten,

auch **öffentlichrechtliche Schulden**, wie zB¹⁴⁸

- rückständige Sozialversicherungsbeiträge bei Übereignung eines Betriebes gem § 67 Abs 4 ASVG¹⁴⁹,
- die Bodenwertabgabe gem § 6 BodenwertabgabeG iVm §§ 10 f GrundsteuerG,

¹⁴³ *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 86; s aber auch OGH 1 Ob 504/92 JBl 1992, 646.

¹⁴⁴ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 8.

¹⁴⁵ OGH 1 Ob 504/92 JBl 1992, 646.

¹⁴⁶ *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 86.

¹⁴⁷ Pfandrechte, die der Veräußerer nach Übergabe der Liegenschaft aber vor Einverleibung begründet sind nach der Rsp ebenso zu vertreten wie gegen ihn noch begründete exekutive Pfandrechte (OGH RdW 1993, 178; OGH SZ 20/22; s *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 9.

¹⁴⁸ Zu den Beispielen s *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 8.

¹⁴⁹ § 67 Abs 4 ASVG: „Wird ein Betrieb übereignet, so haftet der Erwerber für Beiträge, die sein Vorgänger zu zahlen gehabt hätte, unbeschadet der fortdauernden Haftung des Vorgängers sowie der Haftung des Betriebsnachfolgers nach § 1409 ABGB unter Bedachtnahme auf § 1409a ABGB und der Haftung des Erwerbers nach § 38 des Unternehmensgesetzbuches (UGB), dRGBL. S. 219/1897, für die Zeit von höchstens zwölf Monaten vom Tag des Erwerbes zurückgerechnet. Im Fall einer Anfrage beim Versicherungsträger haftet er jedoch nur mit dem Betrag, der ihm als Rückstand ausgewiesen worden ist.“

- genossenschaftliche Verpflichtungen als Grundlast gem § 80 WRG¹⁵⁰,
- Aufträge zur Sicherung oder Sanierung einer Altlast nach § 17 Abs 1 ALSG¹⁵¹ iVm § 138 Abs 1 lit a WRG^{152,153} oder
- baupolizeiliche Mängelbeseitigungsaufträge.

Voraussetzung jeweils ist, dass ein gewährleistungsrechtlich relevanter Mangel vorliegt. Bspw sind Mängel iSd Baurechts nicht schlichtweg mit Mängeln iSd Gewährleistungsrechts gleichzusetzen. Der Erwerber kann nur Freistellung nach § 928 letzter Satz ABGB verlangen, wenn im Zeitpunkt der Übergabe ein Mangel iSd § 923 ABGB vorliegt. Eine weitergehende Kostentragung des Veräußerers würde den Erwerber bereichern. Daher führt nicht schon die behördliche Anordnung als solche zur Haftung des Veräußerers¹⁵⁴. Gleiches gilt auch für behördliche Aufträge zur Altlastensanierung¹⁵⁵.

Maßgeblicher Zeitpunkt bei Rückständen ist idR jener, in dem der Nutzen bzw die Gefahr übergeht¹⁵⁶.

¹⁵⁰ § 80 WRG: „(1) Wer in die Genossenschaft einbezogene Liegenschaften oder Anlagen erwirbt, wird Mitglied der Genossenschaft und ist zu den aus diesem Verhältnis entspringenden Leistungen verpflichtet. Die Verpflichtung ist eine Grundlast und hat bis zum Betrage dreijähriger Rückstände den Vorrang vor anderen dinglichen Lasten unmittelbar nach den von der Liegenschaft oder Anlage zu entrichtenden Steuern und sonstigen öffentlichen Abgaben. Der Verpflichtung zur weiteren Beitragsleistung erlischt erst mit der ordnungsmäßigen Ausscheidung der belasteten Liegenschaft oder Anlage aus der Genossenschaft oder mit deren Auflösung. Die ausgeschiedenen Liegenschaften und Anlagen haften für die vor ihrer Ausscheidung fällig gewordenen Beiträge.“

(2) Die Genossenschaft hat ein Verzeichnis ihrer Mitglieder zu führen und stets auf dem aktuellen Stand zu halten. Sie hat der Wasserrechtsbehörde und der Wasserbuchbehörde jährlich den Mitgliederstand unter Angabe der Mitglieder sowie Veränderungen mitzuteilen.“

¹⁵¹ § 17 Abs 1 ALSG: „Der Landeshauptmann ist zuständige Behörde zur Entscheidung über die notwendigen Maßnahmen zur Sicherung oder Sanierung von Altlasten nach den §§ 21a, 30 bis 35 und 138 des Wasserrechtsgesetzes 1959 (WRG 1959), BGBl. Nr. 215, den §§ 79, 79a und 83 der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl. Nr. 194, und den §§ 73 und 74 AWG 2002. Sachlich in Betracht kommende Oberbehörde ist in Verfahren nach der GewO 1994 der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit und in Verfahren nach dem WRG 1959 und dem AWG 2002 der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft.“

¹⁵² § 138 Abs 1 lit a WRG: „Unabhängig von Bestrafung und Schadenersatzpflicht ist derjenige, der die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes übertreten hat, wenn das öffentliche Interesse es erfordert oder der Betroffene es verlangt, von der Wasserrechtsbehörde zu verhalten, auf seine Kosten eigenmächtig vorgenommene Neuerungen zu beseitigen oder die unterlassenen Arbeiten nachzuholen.“

¹⁵³ Siehe OGH 7 Ob 562/94 ÖZW 1996, 85 (Hüttler) = ecolex 1996, 94 = RdW 1996, 307 = RdU 1996, 88 (Berger).

¹⁵⁴ Ausführlich hierzu Reischauer in Rummel, ABGB³ § 928 Rz 8.

¹⁵⁵ Siehe hierzu bereits Anm Hüttler, ÖZW 1996, 85 zu OGH 7 Ob 562/94.

¹⁵⁶ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 928 Rz 9.

1.8 Gesetzlicher Gewährleistungsausschluss – Fazit

Bei offenkundigen Mängeln ist aufgrund des Gesetzes die Gewährleistung ausgeschlossen. Darunter fallen einerseits augenfällige Mängel, andererseits aus öffentlichen Büchern ersichtliche Lasten. Im Wege eines Größenschlusses sind auch tatsächlich bekannte Mängel von dem Gewährleistungsausschluss erfasst.

Es bestehen wesentliche Abgrenzungsfragen hinsichtlich der Augenfälligkeit, insb im Verhältnis zu der – nach einhelliger Auffassung in Lehre und Rsp – abzulehnenden Untersuchungsobliegenheit. Darüber hinaus ist fraglich, inwieweit die Sonderregelung des § 928 letzter Satz ABGB in Form der Vermutung, dass der Käufer einer Sache mit darauf lastenden Schulden und Rückständen selbst dann nicht einverstanden ist, wenn ihm diese bekannt sind oder die Schulden offenkundig sind, für den Unternehmenskauf sachgerecht sind und auf diesen Anwendung finden.

Angesichts der aufgezeigten Rechtsunsicherheiten wird auch hier wieder die Notwendigkeit entsprechender vertraglicher Regelungen deutlich.

1.9 Due Diligence und Gewährleistung

1.9.1 Wesen und Funktion der Due Diligence

Die Due Diligence-Prüfung dient der Durchleuchtung des zu erwerbenden Unternehmens zum Zweck der Einschätzung der mit einem Erwerb verbundenen Risiken. Sie hat ihre Wurzeln im angloamerikanischen Recht: Der Begriff bedeutet übersetzt „**pflichtgemäße Sorgfalt**“, es geht um die umfassende Untersuchung des Zielunternehmens vor Abschluss des Unternehmenskaufvertrages, und zwar aus rechtlicher, wirtschaftlicher, finanzieller und steuerlicher Perspektive. Gängig sind daher Begriffe wie *legal due diligence*, *commercial due diligence*, *financial* und *tax due diligence*. Gegenstand der Prüfung kann jedoch auch die umweltspezifische Situation (*environmental due diligence*) oder Management und Personal (*human resources due diligence*) des Unternehmens sein¹⁵⁷.

Die im Zuge der Due Diligence zutage tretenden und im ***Due Diligence Report*** dargestellten Mängel und Risiken können so gravierend sein, dass der Erwerber entscheidet, von der Akquisition überhaupt Abstand zu nehmen. Dann handelt es sich bei den Mängeln bzw Risiken um ***Deal Breaker***. Andernfalls werden die Mängel in einer entsprechenden Reduktion des angebotenen Kaufpreises Berücksichtigung finden. Sind die Risiken für den Erwerber auch nach durchgeführter Due Diligence nicht oder nur schwer abschätzbar, so wird er vom Veräußerer entsprechende Zusicherungen oder Garantien verlangen. Der Due Diligence-Report ist dann Ausgangspunkt für den vertraglichen Gewährleistungskatalog¹⁵⁸. Die Due Diligence und ihre Intensität haben daher für die **Risikoeinschätzung, Bewertung und Vertragsgestaltung** erhebliche Bedeutung. **Due Diligence, Gewährleistungen und Kaufpreis** stehen dabei in einer permanenten Wechselwirkung.

Bei der Frage, was der Begriff „pflichtgemäße Sorgfalt“ aus österreichischer Sicht bedeutet, ist grundsätzlich zwischen einer **gesellschaftsrechtlichen internen Verpflichtung** der

¹⁵⁷ Hofmann, Due Diligence – Möglichkeiten und Grenzen des Managements 19 ff; Werner, ZIP 2000, 989.

¹⁵⁸ Hofmann, Due Diligence – Möglichkeiten und Grenzen des Managements 24 ff; Larisch, Gewährleistungshaftung bei Unternehmens- und Beteiligungskauf 132 ff.

geschäftsführenden Organe der Käufergesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence-Prüfung und der Frage, ob im Hinblick auf das **Rechtsverhältnis zwischen Unternehmensveräußerer und Erwerber** eine **Verpflichtung bzw Obliegenheit des Erwerbers** zur Durchführung anzunehmen ist, zu unterscheiden.

Eine **gesellschaftsrechtliche Verpflichtung** der zur Geschäftsführung befugten Organe des Käufers zur sorgfältigen Geschäftsführung ergibt sich aus der allgemeinen Pflicht des Vorstands zur Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gem § 84 AktG¹⁵⁹. Ebenso haben die Geschäftsführer einer GmbH gem § 25 GmbHG die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Bei der Geschäftsführung steht zwar ein unternehmerischer Ermessensspielraum zu, dieser ist jedoch insofern eingeschränkt, als der Geschäftsführer die Grundlagen seiner unternehmerischen Entscheidung sorgfältig zu ermitteln hat. Im Falle der Akquisition eines Unternehmens bedeutet dies angesichts der hohen Investitionssumme sowie der Komplexität der Strukturen und Umstände die Verpflichtung zur sorgfältigen Untersuchung des potentiellen Kaufgegenstandes. Andernfalls kann sich der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft schadenersatzpflichtig machen. Die sorgfältige Durchführung einer Due Diligence hat somit aus Sicht der Geschäftsführung regelmäßig den Zweck, die eigene Haftung gegenüber der Gesellschaft auszuschließen (**Exkulpierungsfunktion**)¹⁶⁰.

Die Verpflichtung der Geschäftsführung besteht selbstverständlich nur im Rahmen des rechtlich Zulässigen¹⁶¹. Auf das Spannungsverhältnis zur Verschwiegenheitspflicht der Geschäftsführung der Zielgesellschaft sei hier der Vollständigkeit halber hingewiesen¹⁶². Entsprechende Vertraulichkeitsvereinbarungen sind in diesem Zusammenhang unerlässlich. Wird der Geschäftsführung des Käufers die Auskunft hinsichtlich bestimmter Umstände verweigert, so muss sie sich vertraglich durch entsprechende Gewährleistungszusagen absichern. Ist der Verkäufer auch hierzu nicht bereit, muss die Geschäftsführung entscheiden, ob die Aufsichtnahme des aufgebürdeten Risikos noch innerhalb ihres Ermessensspielraumes im Rahmen der Sorgfaltspflicht liegt oder ob sie von der Akquisition überhaupt Abstand nehmen muss¹⁶³.

In Bezug auf die hier primär interessierende zweite Frage nach einer **Verpflichtung bzw Obliegenheit im Rechtsverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer** sind grundlegende Unterschiede zwischen dem österreichischen und dem angloamerikanischen

¹⁵⁹ Für Deutschland *Werner*, ZIP 2000, 989.

¹⁶⁰ Ausführlich hierzu *Werner*, GmbHR 13/2007, 678 ff.

¹⁶¹ Der potentielle Erwerber einer Beteiligung hat keinen Anspruch gegen die Zielgesellschaft auf Durchführung einer Due Diligence; auch der veräußerungswillige Gesellschafter vermag nur im Rahmen seiner eigenen Informationsrechte einen Einblick in das Unternehmen zu vermitteln: s dazu ausführlich *Hofmann*, Due Diligence 38 ff.

¹⁶² Zur Befugnis des Managements zur Unterstützung der Due Diligence im Zusammenhang mit der Verschwiegenheitspflicht s ausführlich *Hofmann*, Due Diligence 140 ff (für die AG) und 185 ff (für die GmbH); für Deutschland s insb *Böttcher*, Verpflichtung des Vorstands einer Aktiengesellschaft zur Zulassung einer Due Diligence 52 ff.

¹⁶³ Für Deutschland *Werner*, ZIP 2000, 993.

Rechtsverständnis zu beachten. Während das angloamerikanische Recht vom Grundsatz „*caveat emptor*“ ausgeht und dem Verkäufer dementsprechend nur sehr geringe Gewährleistungspflichten auferlegt und somit prinzipiell der Käufer das Risiko für Mängel trägt, solange der Verkäufer redlich ist¹⁶⁴, besteht nach österreichischem Recht im Gegensatz dazu – wie bereits erwähnt – keine Obliegenheit des Käufers zur Prüfung des Kaufgegenstandes vor Vertragsabschluss¹⁶⁵. Dem Erwerber steht vielmehr ein gesetzliches Gewährleistungsregime zur Verfügung, das zwar nicht speziell auf den Unternehmenskauf abgestimmt ist, aber dem Unternehmenskäufer dennoch zumindest in einem gewissen Rahmen Rechtsbehelfe bei Mangelhaftigkeit des Unternehmens zur Verfügung stellt. Danach trägt das **Risiko der Mangelhaftigkeit** grundsätzlich der **Verkäufer**, der Käufer trägt es nur für bekannte und offenkundige Mängel. Im vorvertraglichen Bereich besteht bei Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten überdies eine Haftung nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo*. Im Vergleich zum angloamerikanischen Rechtsraum spielt daher die **Gewährleistungsfunktion** der Due Diligence in Österreich (und Deutschland) aus Sicht des gesetzlichen Gewährleistungsrechts eine verhältnismäßig geringere Rolle¹⁶⁶. Im Bereich der Vertragsgestaltung wird jedoch in der Praxis regelmäßig auf die Ergebnisse der Due Diligence Bezug genommen. Die Gewährleistungsfunktion ist im Ergebnis daher auch im kontinentaleuropäischen Rechtsraum ganz wesentlich.

Für die Ermittlung des Kaufpreises stellt die Due Diligence aus wirtschaftlicher Sicht ebenfalls in beiden Jurisdiktionen eine ganz wesentliche Grundlage dar. Diese Funktion wird als **Wertermittlungsfunktion** bezeichnet¹⁶⁷ und steht in einem engen Zusammenhang zur Aufdeckung bestimmter Risiken, die dem Unternehmen immanent sind und die der Erwerber kennen sollte (**Risikoermittlungsfunktion**). Wie oben bereits angedeutet und ausgehend von dem Gedanken, dass ein bestimmtes Risiko von den Parteien bewertet wird und daher einen bestimmten Preis hat, stehen Kaufpreis und Risiko in permanenter Wechselwirkung. Während umfangreiche Gewährleistungszusagen das Risiko der Mangelhaftigkeit dem Verkäufer auferlegen und insoweit regelmäßig einen höheren Kaufpreis zur Folge haben, wird ein Gewährleistungsausschluss, der das Risiko auf den Käufer abwälzt, häufig zu einer Reduktion des Kaufpreises führen. Gewährleistungsregeln nehmen daher stets eine **Risikoallokation** vor. In der Kaufpreisberechnung erfolgt die **Bewertung** des jeweiligen Risikos: Jede Gewährleistungszusage sowie jeder Gewährleistungsausschluss hat somit einen **subjektiven Wert**, der davon abhängt, mit welcher Wahrscheinlichkeit der Käufer bzw der Verkäufer mit einer Realisierung dieses Risikos rechnet¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Röper, GesRZ 2009, 136 mit Verweis auf Löber in FS Michalek 287.

¹⁶⁵ Parschalk/Wahl, wbl 2003, 353 mwN in FN 58; für Deutschland Werner, ZIP 2000, 990.

¹⁶⁶ Für Deutschland, auch zur Haftung aus culpa in contrahendo beim Unternehmenskauf s. Fleischer/Körber, BB 2001, 841.

¹⁶⁷ Zu den Funktionen der Due Diligence s. Fleischer/Körber, BB 2001, 841; ebenso Werner, GmbHR 2007, 678.

¹⁶⁸ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I, 98.

Zuletzt soll durch die Due Diligence auch der Ist-Zustand des Zielunternehmens dokumentiert und der Informationsfluss zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber nachvollziehbar werden (**Beweissicherungsfunktion**)¹⁶⁹.

Im Hinblick auf die obigen Ausführungen zum Gewährleistungsausschluss bei augenfälligen und bekannten Mängeln soll im Folgenden untersucht werden, wie sich die Durchführung einer Due Diligence oder deren Unterlassung auf die Gewährleistungsansprüche des Käufers auswirken kann.

1.9.2 Rechtliche Auswirkungen einer unterlassenen Due Diligence-Prüfung

a) Grundsatz: Keine Obliegenheit des Erwerbers

Wie oben bereits dargestellt, besteht nach Lehre und Rsp für den Käufer grundsätzlich **keine Obliegenheit zur Prüfung** auf nicht augenfällige Mängel. Den Erwerber trifft somit keine vorvertragliche Nachforschungspflicht und daher auch **keine Obliegenheit zur Durchführung einer Due Diligence-Prüfung** vor Abschluss eines Unternehmenskaufvertrages¹⁷⁰.

Da die Due Diligence über die Gewährleistungsfunktion hinaus noch weitere wesentliche Funktionen erfüllt, hat der Erwerber dennoch ein erhebliches Interesse an der Durchführung, er muss jedoch grundsätzlich nicht damit rechnen, seiner Gewährleistungsansprüche verlustig zu werden, wenn er eine Due Diligence-Prüfung unterlässt.

Dieser Grundsatz steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu der gesetzlichen Rechtsfolge des Gewährleistungsausschlusses bei grob fahrlässiger Unkenntnis der Mangelhaftigkeit. Es stellt sich die Frage, ob das Unterlassen einer Nachforschung bzw. Untersuchung nicht doch unter gewissen Umständen mit einer grob fahrlässigen Unkenntnis von Mängeln im Zusammenhang stehen kann.

b) Einschränkung des Grundsatzes: grob fahrlässige Unkenntnis der Mangelhaftigkeit?

Grob fahrlässige Unkenntnis der Mangelhaftigkeit führt unter bestimmten Voraussetzungen zum Verlust von Gewährleistungsansprüchen. Dies ist der Fall bei **augenfälligen Mängeln** iSd § 928 ABGB¹⁷¹. Zwar trifft den Erwerber grundsätzlich keine Obliegenheit zur Durchführung einer Due Diligence-Prüfung, es ist jedoch denkbar, dass auch ohne eine solche gewisse Mängel augenfällig sind bzw. besondere Verdachtsmomente bestehen. Um zu

¹⁶⁹ Die Wichtigkeit dieser Funktion zeigt die Entscheidung OGH 4 Ob 1657/95 ecolex 1996, 247 = SWK 1996, B 77 (Anm *Heidinger*), in der eine Aufklärungspflicht des Verkäufers über das Vorliegen großer Verluste verneint wurde, da aus der Dokumentation zur Kaufpreisgestaltung hervorging, dass der Verkäufer nicht mit der Wesentlichkeit dieses Umstandes rechnen musste; *Werner*, GmbHR 13/2007, 678.

¹⁷⁰ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 1 mit Verweis auf *Wilhelm*, Anm zu OGH 5.3.1980, 1 Ob 745/79 EvBl 1980/193 = JB1 1981, 203; ebenso *Oberlechner*, ecolex 2006, 628; *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 360; zur dt Rechtslage *Fleischer/Körper*, BB 2001, 844; aA *Löber* in FS Michalek 287, der von einer Verkehrssitte hinsichtlich der Durchführung einer Due Diligence ausgeht.

¹⁷¹ Siehe dazu oben unter Punkt 1.7.2; zur vergleichbaren Rechtslage in Deutschland s *Fleischer/Körper*, BB 2001, 844 f.

vermeiden, dass der angeführte Grundsatz ausgehöhlt wird, kann die **Unterlassung einer Due Diligence-Prüfung** jedoch **nur in Ausnahmefällen** eine grobe Fahrlässigkeit begründen.

So sollen Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen sein, wenn sich eine nähere Prüfung nach den Umständen auf Grund **besonderer Verdachtsmomente** geradezu aufdrängt und der Erwerber dennoch davon absieht, weitere Informationen einzuholen¹⁷². Als derartige besondere Verdachtsmomente kommen Warnungen durch den Veräußerer oder einen Dritten¹⁷³, der äußere Zustand bei Besichtigung¹⁷⁴ oder bestimmte Vertragsklauseln¹⁷⁵ in Betracht. Vergleiche hierzu die Ausführungen zu Punkt 1.7.2c).

Diese Auffassung kann jedoch sehr leicht dazu führen, dass den Erwerber im Ergebnis schließlich doch eine Obliegenheit zur Durchführung von Nachforschungen trifft und auf diese Weise der Grundsatz, dass der Verkäufer grundsätzlich keine Due Diligence durchführen muss, um seine Gewährleistungsansprüche zu behalten, **ausgehöhlt** wird.

Diskutiert wird grobe Sorgfaltswidrigkeit in Deutschland auch in Fällen, in denen der Käufer über eine im Vergleich zum Veräußerer **weit überlegene Sachkunde** hinsichtlich des Aufspürens von Unternehmensmängeln verfügt¹⁷⁶. Dies wird in der Praxis jedoch nur in Ausnahmefällen gegeben sein¹⁷⁷. Eine Verpflichtung zur Beiziehung externer Sachverständiger besteht grundsätzlich nicht.

In Deutschland diskutiert wird weiters, ob das Unterlassen einer Due Diligence-Prüfung per se eine grobe Sorgfaltswidrigkeit darstellen kann, sofern die Durchführung einer Due Diligence eine **Verkehrssitte** darstellt¹⁷⁸. Zum einen ist jedoch fraglich, inwiefern eine Verkehrssitte in diesem Bereich überhaupt angenommen werden kann. Zum anderen wird von den Kritikern dieser Meinung zurecht darauf verwiesen, dass die Geschäftsführer (bzw. Vorstände) in erster Linie aus dem Gesellschaftsrecht heraus verpflichtet sind, das zu erwerbende Unternehmen zu untersuchen. Der gesellschaftsrechtliche Sorgfaltsmaßstab dient jedoch den Interessen der Gesellschaft und ist nicht geeignet, auf eine Verkehrssitte im Verkäuferinteresse schließen zu lassen.

¹⁷² *Fleischer/Körber*, BB 2001, 844 f; vergleiche *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 1; OGH 6 Ob 390/97i RdW 1998, 606 = NZ 1998, 402 (Legalservitut als offenkundiger Rechtsmangel); die Offenkundigkeit verneinend OGH 7 Ob 79/55 EvBl 1955/292 (offener/geheimer Mangel an Kfz-Motor).

¹⁷³ ZB Presseberichte.

¹⁷⁴ ZB offensichtliche Kontamination mit umweltgefährdenden Stoffen auf dem besichtigten Betriebsgelände.

¹⁷⁵ ZB „Kauf wie besichtigt“.

¹⁷⁶ *Fleischer/Körber*, BB 2001, 845.

¹⁷⁷ Für Deutschland OLG Hamburg WM 1994, 1378, 1387.

¹⁷⁸ Zu dieser Diskussion s. *Fleischer/Körber*, BB 2001, 846 mit weiteren Nachweisen; ablehnend auch *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rn 42; *Müller*, NJW 2004, 2199; *Picot* in *Berens/Brauner/Strauch*, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁵, 322, 324; *Werner*, ZIP 2000, 990; aA *Löber* in FS Michalek 287, der von einer Verkehrssitte ausgeht.

Für **Österreich** wird von Lehre und Rsp – wie oben ausgeführt – eine Obliegenheit des Erwerbers zur Durchführung einer Due Diligence-Prüfung generell abgelehnt¹⁷⁹.

Für den Fall jedoch, dass der **Verkäufer eine Due Diligence-Prüfung angeboten** und von sich aus die auf den Mangel bezogenen Unterlagen offen gelegt hat, der Käufer aber nicht auf dieses Angebot eingeht, wird auch für die österreichische Rechtslage mit dem Argument grober Sorgfaltswidrigkeit die Meinung vertreten, dass dies zum Gewährleistungsausschluss führt¹⁸⁰. Die Frage wird jedoch nicht einheitlich beantwortet¹⁸¹. Hierzu ist kritisch zu bemerken, dass die Frage **rein hypothetisch** ist, ob im Zuge einer Due Diligence die betreffenden Umstände tatsächlich spezifisch offengelegt worden wären. Davon kann mit hinreichender Sicherheit wohl nur ausgegangen werden, wenn der Verkäufer die Due Diligence hinreichend konkret, dh bereits unter Verweis auf die Unterlagen, die er zur Verfügung stellen würde, angeboten hat. Alles andere wäre reine Spekulation und kann keinen Haftungsausschluss zugunsten des Verkäufers begründen.

Der **OGH** ging in einer älteren Entscheidung¹⁸² **noch weiter**, indem er vom Unternehmenskäufer sogar eine **Nachfrage nach Offenlegung** von Geschäftsunterlagen (in concreto Steuerbilanzen) verlangte. Im Anlassfall hatte der Erwerber verabsäumt, die **Vorlage der Steuerbilanzen** zu verlangen. Da bei einer **ordnungsgemäßen Untersuchung** die schließlich eingewandten Verluste erkannt worden wären, seien diese jedenfalls als offene Mängel zu werten und Gewährleistungsansprüche¹⁸³ ausgeschlossen.

*Oberlechner*¹⁸⁴ hingegen meint, dass sich aus dieser Argumentation **doch eine Obliegenheit** zur Durchführung einer Due Diligence ergebe, eine solche Obliegenheit jedoch nicht richtig sei, da eine Due Diligence-Prüfung wesentlich die Prüfung nicht augenfälliger Probleme des Unternehmens unter Notwendigkeit der Einbeziehung einschlägiger Fachleute (Rechts- und Steuerberater, Zivilingenieure) darstelle und Mängel, die nur dem Sachkundigen und Fachmann erkennbar seien, als verborgene Fehler zu werten seien. Er meint weiters, die Prüfbliiegenheit, die in dem zitierten Erkenntnis des OGH unterstellt werde, scheine durch die Lehre abgelehnt zu werden und habe auch in der weiteren Jud keinen Widerhall gefunden¹⁸⁵.

¹⁷⁹ AA *Löber* in FS Michalek 287, der von einer Verkehrssitte hinsichtlich der Durchführung einer Due Diligence ausgeht.

¹⁸⁰ *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 353 mit Verweis auf *Puck*, Der Unternehmenskauf 101 f.

¹⁸¹ *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 361; vgl auch *Oberlechner*, ecolex 2006, 628; jüngst geht auch *Röper*, GesRZ 2009, 137, davon aus, dass eine angebotene, vom Käufer aber nicht durchgeführte, Due Diligence hinsichtlich jener Umstände, die spezifisch offengelegt worden wären, zu einem Gewährleistungsausschluss führt.

¹⁸² OGH 4 Ob 1657/95, ecolex 1996, 247 (*Puck*) = SWK 1996, B 77 (*Heidinger*) = RdW 1996, 60.

¹⁸³ Mangels arglistigen Verschweigens oder einer gegenteiligen ausdrücklichen Zusage.

¹⁸⁴ *Oberlechner*, ecolex 2006, 628 FN 30 mit Verweis auf *Binder/Ofner* in *Schwimmann*, ABGB³ IV § 928 Rz 4.

¹⁸⁵ *Oberlechner*, ecolex 2006, 628.

1.9.3 Rechtliche Auswirkungen einer durchgeführten Due Diligence-Prüfung

a) Due Diligence und bedungene Eigenschaften

Da – wie oben unter Punkt 1.3.2 ausgeführt – nicht jede Äußerung des Verkäufers über den Kaufgegenstand eine bedungene Eigenschaft iSd § 922 ABGB begründet, kann auch bei im Rahmen einer Due Diligence vom Verkäufer übergebenen Unterlagen nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der Inhalt dieser Unterlagen automatisch als verbindlich zugesicherte Eigenschaften anzusehen wäre. Es müssten vielmehr zusätzliche Umstände vorliegen, die auf eine verbindliche Zusicherung schließen lassen. In Betracht kommt bspw. der Nachweis, dass der Veräußerer die vorgelegten Unterlagen **als richtig bezeichnet** hat. Eine derartige **Zusicherung der inhaltlichen Richtigkeit** der vorgelegten Unterlagen ist daher häufig Bestandteil des Klauselkataloges eines Unternehmenskaufvertrages. Ist hingegen erkennbar, dass die Unterlagen nur mit Vorbehalt verwertbar sein sollen (indem der Verkäufer zB darauf hinweist, dass es sich bloß um eine vorläufige Bilanz handelt), können aus diesen Unterlagen keine bedungenen Eigenschaften abgeleitet werden¹⁸⁶.

b) Due Diligence und dem Käufer bekannt gewordene Mängel

Hat der Käufer eine Due Diligence-Prüfung durchgeführt, kann dies zum Wegfall der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche hinsichtlich der im Rahmen der Due Diligence offen gelegten Umstände führen.

Tatsächliche **Kenntnis schließt die Gewährleistung aus**: Es bestehen – wie bereits ausgeführt¹⁸⁷ – grundsätzlich keine Gewährleistungsansprüche für Mängel, die dem Käufer tatsächlich bekannt sind. Dies ergibt sich aus einem Größenschluss aus § 928 ABGB. Nichts anderes gilt für Mängel, die bei der Due Diligence-Prüfung bekannt werden.

Ob dies jedoch auch **trotz** einer allfälligen ausdrücklichen **gegenteiligen Zusicherung** der spezifischen Mangelfreiheit gilt, ist **strittig**¹⁸⁸. Eine umfangreiche Offenlegung im Zuge einer Due Diligence hätte dann gewährleistungseinschränkende Wirkung. Der vorerwähnte Größenschluss wird für diesen Fall jedoch angezweifelt¹⁸⁹: *Reischauer*¹⁹⁰ bspw. meint, dass unter Umständen auch dem Wissenden mehr an Qualität versprochen werden kann. Er vertritt die Meinung, dass die Kenntnis der Unrichtigkeit einer Zusage die Gewährleistung nicht ausschließt, da die Gewährleistungszusage als **Willenserklärung** anzusehen sei. Als solche kann sie, entsprechende Ernstlichkeit (Bindungswillen) vorausgesetzt, nur verbindlich sein. *Reischauer* unterscheidet jedoch nach der Behebbarkeit des Mangels: Ist er behebbar, so wird Mangelfreiheit zum Vertragsinhalt. Ist er hingegen nicht behebbar und ist dies dem Erwerber

¹⁸⁶ Siehe BGH I ZR 103/68 WM 1970, 819, 821.

¹⁸⁷ Siehe Punkt 1.7.3.

¹⁸⁸ Siehe dazu bereits in Punkt 1.7.3; *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 353 unter Verweis auf *Gschnitzer in Klang* IV/1² 508 ff, 521; aA *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 1 f.

¹⁸⁹ *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 628.

¹⁹⁰ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 5; ebenso *Binder/Ofner in Schwimann*, ABGB³ § 928 Rz 13: selbst der evidente Mangel müsse bei ausdrücklicher Zusage gänzlicher Fehlerfreiheit oder einer diesen ausschließenden Zusage vertreten werden.

bekannt, so muss ihm die Zusage als absurd erscheinen. Sie wird nicht Vertragsinhalt und begründet daher auch keine Gewährleistungsansprüche.

*Oberlechner*¹⁹¹ will danach unterscheiden, ob der Verkäufer den Mangel per se offen gelegt hatte (**spezifische Offenlegung**) oder ob er lediglich bestimmte Unterlagen vorgelegt und Informationen erteilt hat, aus denen dann im Zuge von Prüfungshandlungen nur die **Schlussfolgerung** gezogen werden könnte, dass ein Mangel vorliegt. Aufgrund der Komplexität der häufig vorliegenden Sachverhalte und Rechtsfragen bedürften derartige Schlussfolgerungen entsprechender Sach- und Fachkunde und führten – im Fall von Rechtsfragen, deren Klärung zB von einem Rechtsstreit oder einem Verwaltungsverfahren abhängt – auch nicht zu sofort evidenten Ergebnissen. Es würde widersinnig erscheinen, wenn ein Verkäufer durch breite Offenlegung oft nur sekundär relevanter Daten bzw Informationen die Möglichkeit hätte, sich von der Mängelhaftung zu befreien. Eine derartig erfolgte **unspezifische Offenlegung** von Informationen im Zuge von Due Diligence-Prüfungen führe somit keinesfalls zu einer Befreiung von der Haftung für Gewährleistungsmängel.

Die Differenzierung zwischen spezifischer und unspezifischer Offenlegung entspricht im Ergebnis im Wesentlichen der in Deutschland vertretenen Lehre und Rsp, nach der die bloße **Kenntnis der den Mangel begründenden Umstände** nicht ausreicht¹⁹². Vielmehr muss der Erwerber auch erkannt haben, dass sich aus diesen Umständen eine **Wert- oder Brauchbarkeitsminderung** und damit ein Mangel ergibt.

Die in der Theorie durchaus plausibel erscheinende Abgrenzung zwischen spezifischer Offenlegung des Mangels und bloß möglicher Schlussfolgerung der Mangelhaftigkeit dürfte jedoch in der Praxis Schwierigkeiten bereiten.

ME sprechen die besseren Argumente für die Ansicht *Reischauers*: Regelmäßig werden im Zuge einer Due Diligence gewisse Mängel bzw Risiken aufgedeckt. Der Käufer versucht dann, entweder im Wege der Kaufpreisgestaltung oder durch Ausverhandeln entsprechender Gewährleistungszusagen diese aufgedeckten Risiken in den Griff zu bekommen. Zusicherungen im Rahmen eines Gewährleistungskataloges dienen daher häufig gerade dazu, die genannten Risiken zu beschränken. Dies ist dem Veräußerer auch regelmäßig bewusst. Die Zusicherungen sind daher grundsätzlich als **besonderes Versprechen bei Vertragsabschluss**¹⁹³ und somit als **Willenserklärung** anzusehen. Wollte man nun derartigen Zusagen die Wirksamkeit absprechen und trotz der entsprechenden Zusicherung einen Gewährleistungsausschluss annehmen, würde dies den in der Praxis regelmäßig und nachweislich vorliegenden Parteiwillen geradezu konterkarieren. Gewährleistungsklauseln wären weitgehend ihrer Sinnhaftigkeit beraubt und dem Käufer die Möglichkeit genommen, sich bei Erkennbarkeit gewisser Risiken vertraglich entsprechend abzusichern. Einziger Ausweg wäre dann der Weg über eine – in der österreichischen Praxis nur sehr schwer durchsetzbare – abstrakte Garantie.

¹⁹¹ *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 628.

¹⁹² *Fleischer/Körber*, BB 2001, 847 mit Verweis auf *Westermann* in Münchner Kommentar § 460 Rz 4; BGH NJW 1961, 1860.

¹⁹³ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 2.

Für diese Auffassung spricht auch die besondere gesetzliche Regelung des § 928 ABGB betreffend aus öffentlichen Büchern ersichtliche Lasten. Gibt der Verkäufer mit dem Grundbuchsstand nicht im Einklang stehende Zusagen ab, so darf er die korrespondierenden Erklärungen des Erwerbers nicht mehr als auf dem Grundbuchsstand beruhend ansehen¹⁹⁴. Nach der Rsp haftet der Zusagende selbst dann, wenn der Erwerber erklärt hat, den Grundbuchsstand zu kennen¹⁹⁵.

Aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit ist dem Käufer zur Wahrung seiner Interessen anzuraten, zu versuchen, im Fall bekannter Mängel auf ein selbstständiges **Garantieversprechen** iSd § 880a zweiter Fall ABGB, eine so genannte **Freistellungserklärung**¹⁹⁶, zurückzugreifen, die **jedenfalls ungeachtet der Kenntnis des Mangels wirksam** ist.

c) Due Diligence und grob fahrlässig nicht erkannte Mängel

In der Praxis besonders relevant sind jene Fälle, in denen der Mangel dem Erwerber zwar nicht tatsächlich positiv bekannt geworden ist, er diesen jedoch anhand der im Rahmen der Due Diligence zur Verfügung gestellten Urkunden **hätte erkennen können**.

Wird dem Käufer im Rahmen einer Due Diligence Einsicht in die Geschäftsunterlagen gewährt, wird er dadurch in die Lage versetzt, Kenntnis von Mängeln des Unternehmens zu erlangen. Die bei gebotener Sorgfalt aus den Unterlagen erkennbaren Mängel werden dadurch grundsätzlich **offenkundig**, sodass die Haftung des Verkäufers hierfür gemäß § 928 ABGB ausgeschlossen wird¹⁹⁷. Voraussetzung ist, dass die Mängel **ohne weiteres erkennbar** waren. Ohne weiteres erkennbar ist der Mangel, wenn er bei durchschnittlicher Sorgfalt besonders leicht erkennbar ist. Dies entspricht im Wesentlichen dem objektiven Maßstab der **groben Sorgfaltswidrigkeit**¹⁹⁸.

Eine **Ausnahme** vom Haftungsausschluss besteht dann, wenn von seiten des Verkäufers eine **ausdrückliche Zusicherung** der diesbezüglichen Mangelfreiheit vorliegt oder wenn der Mangel **arglistig verschwiegen** wurde.

Dh wurde eine Due Diligence-Prüfung durchgeführt, ist die Gewährleistung bei grob sorgfaltswidrig nicht erkannten Mängeln grundsätzlich ausgeschlossen, außer es liegt eine ausdrückliche gegenteilige Zusicherung vor.

Am Gewährleistungsausschluss für leicht erkennbare Mängel setzt eine grundlegende **Strategie des Veräußerers** eines Unternehmens an: Indem er dem Käufer – idR im Rahmen einer Due Diligence – **weitgehend Einsicht** in die Geschäftsunterlagen gewährt und ihn über

¹⁹⁴ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 928 Rz 7; vgl OGH 1 Ob 274/68 SZ 41/182 = JBl 1970, 142.

¹⁹⁵ OGH 3 Ob 572/91 wobl 1992/115 (Call); s dazu bereits Punkt 1.7.1.

¹⁹⁶ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 32; Holzappel/Pöllath, Unternehmenskauf¹⁴ Rn 43, 48.

¹⁹⁷ Zum gesetzlichen Haftungsausschluss bei offenkundigen Mängeln s Punkt 1.7.2; Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 32; Puck, Der Unternehmenskauf 102; Röper, GesRZ 2009, 137.

¹⁹⁸ Siehe dazu ausführlich Punkt 1.7.2a); Reischauer in Rummel, ABGB³ § 928 Rz 1.

Umstände, die für den wirtschaftlichen Wert von Bedeutung sind, aufklärt, kann er davon ausgehen, dass er für Mängel, die aus den zur Verfügung gestellten Unterlagen ohne weiteres erkennbar waren, grundsätzlich keine Gewähr leisten muss.

Festzuhalten ist, dass umgekehrt die Gewährleistung für Mängel, die der Erwerber im Rahmen der Due Diligence aus den vom Verkäufer offengelegten Unterlagen erkennen hätte können, sie jedoch bloß **leicht fahrlässig** nicht erkannt hat, **aufgrund des Gesetzes nicht ausgeschlossen** ist. Soll nach dem Willen der Parteien auch bei leichter Fahrlässigkeit der Verkäufer nicht zur Gewährleistung verpflichtet sein, so kann der **Gewährleistungsausschluss** auf diese Fälle **vertraglich** erstreckt werden.

Grob fahrlässige Unkenntnis ist anzunehmen, wenn der Mangel **offen zutage tritt**. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn in den vom Verkäufer zur Verfügung gestellten Unterlagen direkt und unmittelbar darauf Bezug genommen wird.

Soweit beim Tatbestand der Kenntnis der Mangelhaftigkeit danach unterschieden wird, ob der Verkäufer den Mangel per se offengelegt hat oder ob der Erwerber lediglich aufgrund bestimmter vorgelegter Urkunden auf den Mangel hätte schließen können, und sofern Mangelkenntnis, die zum Gewährleistungsausschluss führt, nur bei **spezifischer Offenlegung** angenommen wird¹⁹⁹, müssen dieselben Überlegungen und Wertungen nicht nur für die positive Mangelkenntnis sondern auch für die grob fahrlässige Unkenntnis herangezogen werden. Grobe Fahrlässigkeit wäre danach nur anzunehmen, wenn der Mangel selbst sowie die damit verbundene Wert- oder Brauchbarkeitsminderung²⁰⁰ in den Unterlagen offenkundig/augenfällig war.

*Röper*²⁰¹ will hinsichtlich des Sorgfaltsmaßstabes weiter nach der Transaktionsart und den damit verbundenen **typischen Kenntnissen und Erfahrungen des Käufers** (zB Finanzinvestor ohne Detailkenntnisse der Branche gegenüber einem Käufer mit Branchenerfahrung) differenzieren.

Das **OLG Wien** hat in einer jüngeren Entscheidung²⁰² zu einem Sachverhalt Stellung genommen, nach dem sich bei einem Aktienkaufvertrag Zusagen über die Ertragsfähigkeit und ihre Berechnungsgrundlagen als unrichtig erwiesen hatten und zu beurteilen war, inwieweit die Unrichtigkeit der Zusage aufgrund der durchgeführten Due Diligence offenkundig war. Das OLG Wien führt unter Verweis auf *Parschalk/Wahl*²⁰³ aus, dass die Durchführung einer Due Diligence zu einem Wegfall der Gewährleistung hinsichtlich der im Rahmen der Prüfung offengelegten Umstände führt, wobei sowohl positive Kenntnis als auch grob fahrlässige Unkenntnis den Ausschluss gesetzlicher Gewährleistungsansprüche nach sich zieht. Von einer Offenkundigkeit des Mangels kann nur dann gesprochen werden, wenn die Unrichtigkeit der Einschätzung der Verkäuferin der Klägerin im Rahmen der Due Diligence

¹⁹⁹ So *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 628.

²⁰⁰ Zu diesem Kriterium hinsichtlich der Mangelkenntnis s auch *Fleischer/Körber*, BB 2001, 847; *Westermann* in Münchner Kommentar § 460 Rz 4; BGH NJW 1961, 1860.

²⁰¹ *Röper*, *GesRZ* 2009, 137.

²⁰² OLG Wien 18.2.2005, 16 R 281/04t; s dazu *Röper*, *GesRZ* 2009, 136 f.

²⁰³ *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 360.

hätte auffallen müssen. Abgesehen von dem Verweis auf die Literaturmeinung von *Parschalk/Wahl* enthält die Entscheidung jedoch für die Frage, wann denn nun konkret von einer gewährleistungsausschließenden Offenlegung auszugehen ist, keine weiteren Anhaltspunkte.

Eine ähnliche Wertung wird zT in der **dt Lit** vorgenommen²⁰⁴, wenn danach unterschieden wird, ob der Mangel für den Käufer selbst oder erst **mit Hilfe eines Sachverständigen erkennbar** war. Der Käufer ist nämlich grundsätzlich nicht verpflichtet, externe Sachverständige beizuziehen. Beachtlich ist jedoch, dass wenn der Erwerber sich externer Sachverständiger bedient, wie es in der Praxis regelmäßig der Fall ist, deren grob fahrlässiges Nichterkennen von Mängeln dem Erwerber zugerechnet wird und zum Gewährleistungsausschluss führt. Nach *Fleischer/Körber*²⁰⁵ ist nicht die Erkennbarkeit der den Mangel begründenden Umstände entscheidend sondern die **Erkennbarkeit der Wert- bzw Brauchbarkeitsminderung** aufgrund dieser Umstände. *Holzapfel/Pöllath*²⁰⁶ verlangen für einen Gewährleistungsausschluss die **wirkliche Offenlegung** des kritischen Umstandes und lassen bloße Hinweise auf Dokumente bzw Umstände, aus denen durch weitere Prüfung und Schlussfolgerungen der Mangel erschlossen werden hätte können, nicht genügen.

Die in Deutschland vertretenen Meinungen dürften im Wesentlichen zu demselben Ergebnis führen wie das oben beschriebene Kriterium der **spezifischen Offenlegung Oberlechners**²⁰⁷.

Zu beachten ist allerdings, dass einigen älteren Entscheidungen in der österreichischen Rsp diesbezüglich eine strenge Auffassung zugrunde liegen dürfte: Danach ist nämlich Augenfälligkeit bereits gegeben, wenn erkennbare äußere Mängel (im Anlassfall Gebäuderisse oder ein großer Deckel im Boden) ohne weiteres auf den inneren Zustand schließen lassen, wenn auch eine endgültige Klärung erst durch einen Sachverständigen erfolgen kann²⁰⁸.

Zusammenfassend kann mit den in Österreich vertretenen Literaturmeinungen davon ausgegangen werden, dass die Offenkundigkeit von Mängeln bei einer **unspezifischen Vorlage von Dokumenten** regelmäßig zu verneinen sein wird. Ein Gewährleistungsausschluss tritt nur hinsichtlich spezifisch offengelegter Mängel ein. Die Durchführung einer Due Diligence ist damit nicht schon per se mit dem Wegfall der Gewährleistung verbunden, sondern eben nur hinsichtlich der **spezifisch offengelegten Mängel**²⁰⁹.

Die in diesem Zusammenhang vorgenommene **Wertung ist jedoch generell problematisch**, da der völlig ignorante Käufer, der sich nicht einmal der Mühe unterzieht, eine grobe

²⁰⁴ Zu den unterschiedlichen Lehrmeinungen in Deutschland s *Fleischer/Körber*, BB 2001, 848 mit Verweis insb auf *Honsell* in *Staudinger/Honsell*, § 460 BGB Rn 9.

²⁰⁵ *Fleischer/Körber*, BB 2001, 847.

²⁰⁶ *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rn 43.

²⁰⁷ So *Röper*, GesRZ 2009, 137.

²⁰⁸ Siehe dazu bereits unter Punkt 1.7.2 1.7.2c) mit Nachweisen zur Rsp.

²⁰⁹ *Röper*, GesRZ 2009, 138.

Untersuchung des Kaufgegenstandes vorzunehmen²¹⁰, gewährleistungsrechtlich ungleich besser gestellt wird als ein Käufer, der sich bemüht, eine Due Diligence durchzuführen, dem aber (oder seinen externen Beratern) bei der Durchführung eine grobe Sorgfaltswidrigkeit unterläuft und der dadurch seine Gewährleistungsansprüche verliert. Es kann daher – zumindest aus gewährleistungsrechtlicher Sicht – dazu kommen, dass dem Käufer die Durchführung einer Due Diligence mehr schadet als nützt.

*Fleischer/Körber*²¹¹ vertreten daher die Auffassung, ein Verlust der Gewährleistungsrechte trete nur ein, wenn der Erwerber den übersehenen Mangel auch **unabhängig** von der Durchführung einer Due Diligence-Prüfung hätte erkennen müssen: Andernfalls bestehe ein Wertungswiderspruch in Form einer ungerechtfertigten Besserstellung des Erwerbers, der eine Due Diligence überhaupt unterlässt und seine Gewährleistungsrechte behält.

Zu berücksichtigen ist aus österreichischer Sicht jedenfalls, dass aufgrund des grundsätzlichen Nichtbestehens einer **Obliegenheit** zur Prüfung der Kaufsache auch die sorgfaltswidrige Durchführung einer **Due Diligence-Prüfung** nur in Ausnahmefällen zu einem Verlust der Gewährleistungsansprüche führen sollte. Bspw wenn sich im Zuge der Durchführung einer Due Diligence **besondere Verdachtsmomente** ergeben und sich dadurch eine nähere Prüfung geradezu aufdrängt, der Erwerber jedoch davon absieht, **weitere Informationen einzuholen**²¹². Folgt man dieser Auffassung, führt eine begonnene Due Diligence (nur) bei Vorliegen gewisser Verdachtsmomente zur **Obliegenheit einer weitergehenden Prüfung**.

Fraglich ist weiters, ob sich in Fällen **weit überlegener Sachkunde** des Käufers – analog zur Wertung, wie sie von manchen beim Kriterium der positiven Kenntnis von der Mangelhaftigkeit vorgenommen wird²¹³, – diese Sachkunde auf die Frage nach Vorliegen einer groben Sorgfaltswidrigkeit auswirken soll oder nicht.

ME sollte im Hinblick auf die obigen Ausführungen zu dem andernfalls bestehenden Wertungswiderspruch ein Gewährleistungsausschluss nur dann eintreten, wenn der Mangel **spezifisch dergestalt offengelegt** wurde, dass er nur bei **besonderer Sorglosigkeit** übersehen werden konnte. In den meisten Fällen der Urkundenvorlage wird dies bedeuten, dass der **Mangel selbst unmittelbar** aus den Unterlagen ersichtlich sein muss, und zwar an prominenter Stelle und nicht im „Kleingedruckten“. Eine weitere Nachforschung oder gar Schlussfolgerungen sind nicht erforderlich.

Diese Auffassung entspricht im Ergebnis jener Lösung, die im **allgemeinen Gewährleistungsrecht** immer dann gilt, wenn der Käufer den Kaufgegenstand besichtigt. Zieht man bspw zum Vergleich den Kauf einer Liegenschaft heran, so stehen dem Käufer, der es nicht der Mühe wert findet, die Liegenschaft vor dem Erwerb in natura zu besichtigen, Gewährleistungsansprüche hinsichtlich der gewöhnlich vorausgesetzten und ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften zu. Einem Käufer, der sich das zu erwerbende Grundstück

²¹⁰ Und dem aus gesellschaftsrechtlicher Sicht dadurch regelmäßig grobe Sorgfaltswidrigkeit bei der Geschäftsführung vorzuwerfen sein wird.

²¹¹ *Fleischer/Körber*, BB 2001, 848.

²¹² *Fleischer/Körber*, BB 2001, 844 f.

²¹³ Für Deutschland *Fleischer/Körber*, BB 2001, 845; OLG Hamburg WM 1994, 1378, 1387.

zeigen lässt, werden gewisse augenfällige Mängel, die ihm anlässlich seiner Besichtigung jedenfalls auffallen hätten müssen, entgegengehalten werden können. Hat er sich zB den Garten zeigen lassen, werden Gewährleistungsansprüche hinsichtlich dort offensichtlicher Bauschuttalagerungen ausgeschlossen sein. Auch hier könnte man argumentieren, dass der Käufer, der eine Besichtigung durchführt gegenüber jenem Käufer, der die Liegenschaft „unangeschaut“ erwirbt, benachteiligt wäre. Doch dies ist offenbar ein Ergebnis, das die gesetzliche Regelung des § 928 ABGB in Kauf nimmt. So wird sich zB auch bei einem Gebrauchtwagenkauf der Erwerber, der das Auto probegefahren hat, die Offensichtlichkeit gewisser Mängel entgegennen lassen müssen (zB ein bestimmtes Motorgeräusch), anders als der Käufer, der das Fahrzeug online nur anhand eines Fotos erwirbt.

Eine **besondere Nachfrage- oder Nachforschungspflicht** wird hingegen zu **verneinen** sein. So ist etwa der Autokäufer, der sich den Wagen ansieht, nicht dazu verpflichtet, ihn auch probezufahren. Ebenso wenig kann dem Liegenschaftskäufer, der den Garten und die Obergeschoße des Gebäudes besichtigt hat, entgegengehalten werden, dass Mängel im Keller augenfällig gewesen wären, wenn er diesen besichtigt hätte. Es ist wohl sachgerecht, zu meinen, dass ein Verkäufer, bei dem man davon ausgehen kann, dass er den Kaufgegenstand besser kennt, wenn er einen Gewährleistungsausschluss infolge Augenfälligkeit zur Anwendung bringen will, dem Erwerber eine umfassende Besichtigung (dh im Beispiel einschließlich Keller bzw Probefahrt) nahelegen muss. Nur für den Fall, dass der Erwerber eine solche dennoch verweigert, könnte man einen Gewährleistungsausschluss hinsichtlich der dann (hypothetisch) augenfällig gewordenen Mängel überlegen.

Nichts anderes kann beim **Unternehmenskauf** gelten. Der Käufer, der eine Due Diligence durchführt, muss sich die Augenfälligkeit **spezifisch offengelegter** Mängel entgegennen lassen, aber nur in dem Rahmen der **tatsächlich durchgeführten Prüfung**. Den Käufer trifft keine Obliegenheit, weitere Unterlagen zu verlangen oder bei Verdachtsmomenten nachzufragen. Nur wenn der Mangel so offensichtlich ist, dass er aus den eingesehenen Unterlagen als solcher klar und unzweifelhaft hervorkommt und nur bei besonderer Sorglosigkeit unbemerkt bleibt, tritt der Gewährleistungsausschluss ein. Das österreichische Gewährleistungsrecht lässt prinzipiell den Veräußerer für Mängel des Kaufgegenstandes haften. Das Gesetz nimmt damit eine Wertung vor. Will der Veräußerer nun seine prinzipiell bestehende Haftung einschränken, so ist es seine Verantwortung, dem Erwerber die Kaufsache so zu präsentieren, dass Mängel für diesen augenfällig werden. Er muss also von sich aus die relevanten Unterlagen bzw eine Besichtigung anbieten. Unterlässt er dies, bleibt es dabei, dass er haftet.

Aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit empfiehlt es sich allerdings aus Sicht des Verkäufers, die Rechtsfolgen der Due Diligence auf die Gewährleistungsansprüche des Käufers explizit im **Kaufvertrag** zu regeln und insb einen Gewährleistungsausschluss für alle Umstände zu vereinbaren, die sich aus den im Datenraum offengelegten Dokumenten ergeben. Der Käufer hat dann ein Interesse daran, den Gewährleistungsausschluss auf die spezifisch in den Unterlagen offengelegten Umstände (*“truly and fairly disclosed“*) einzuschränken. Siehe dazu ausführlich Punkt 3.5.

d) Zurechnung grob fahrlässiger Unkenntnis Dritter

Besonders praxisrelevant ist die Frage nach der Zurechnung grob fahrlässiger Unkenntnis von Mängeln, wenn im Rahmen einer Due Diligence Experten beigezogen werden.

Auch hier gilt grundsätzlich das zu Punkt 1.7.3c) Ausgeführte: Das von beauftragten Experten (idR Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern) erlangte Wissen ist dem Geschäftsherrn (idR dem Käufer) zuzurechnen, sofern die Beauftragung nach außen in Erscheinung tritt²¹⁴. Eine Verpflichtung zur Beiziehung externer Sachverständiger besteht jedoch nicht.

1.10 Gewährleistung und Schadenersatz

1.10.1 Echte Konkurrenz

Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche stehen in echter Konkurrenz. Dieser Grundsatz wurde um 1990 von der Jud²¹⁵ etabliert und ist nunmehr auch gesetzlich verankert (§ 933a ABGB)²¹⁶. Dies gilt allerdings nur, soweit die Ansprüche deckungsgleich sind. In erster Linie betrifft dies den Schaden, der durch die Mangelhaftigkeit selbst entsteht, den so genannten **Mangelschaden**.

Die **Kausalität** des Schadens ist idR unproblematisch, da bereits die Übergabe einer mangelhaften Sache für den Schaden ursächlich ist²¹⁷.

Neben Kausalität für den Schaden ist **Rechtswidrigkeit** des schadensursächlichen Handelns Teil des schadenersatzrechtlichen Tatbestandes. Da der gewährleistungsrechtliche Mangel als Abweichung vom vertraglich Geschuldeten definiert ist, liegt bei Mangelhaftigkeit gleichzeitig die schadenersatzrechtlich geforderte Rechtswidrigkeit auf der Hand. Diese ergibt sich somit regelmäßig aus der Verletzung des Unternehmenskaufvertrages²¹⁸. Auch die Verletzung vorvertraglicher Pflichten begründet Rechtswidrigkeit²¹⁹.

Der Schadenersatzanspruch ist – im Unterschied zur Gewährleistung – stets von einem **Verschulden** des Verkäufers abhängig. Dieses Erfordernis wird allerdings im Vertragsrecht durch die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB entschärft²²⁰. Verschulden ist nicht nur gegeben, wenn der Veräußerer den Mangel **schuldhaft herbeigeführt** hat, sondern auch

²¹⁴ *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 353.

²¹⁵ StRsp seit OGH 1 Ob 536/90 SZ 63/37 = JBl 1990, 648 (*Reischauer*); *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung 54 mwN.

²¹⁶ In Deutschland hingegen ist der Schadenersatzanspruch gegenüber dem Nacherfüllungsanspruch (Verbesserung) subsidiär; s *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 657.

²¹⁷ *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung 54; bei anfänglich unbehebbar Mängeln ist grundsätzlich nur der Vertrauensschaden kausal, dazu s sogleich.

²¹⁸ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1298 Rz 18; *I. Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 73; hingegen eine Gleichstellung der gewährleistungsrechtlichen Mangelhaftigkeit mit einer schadenersatzrechtlichen Rechtswidrigkeit ablehnend *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ IV § 1298 Rz 7, 11.

²¹⁹ *Wahl* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch M&A 496.

²²⁰ *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 86; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 89 f.

wenn der einen Mangel **schuldhaft nicht bis zur Übergabe beseitigt**²²¹. Der Wortlaut des § 933a Abs 1 ABGB „*Hat der Übergeber den Mangel verschuldet, so kann der Übernehmer auch Schadenersatz fordern.*“ darf insofern nicht zu eng interpretiert werden. Nicht ausschlaggebend ist es daher, ob der Mangel bereits bei Vertragsabschluss vorlag oder erst zwischen Vertragsabschluss und Übergabe auftritt²²².

Hinsichtlich des **Verschuldens** ist grundsätzlich zwischen *asset deal* und *share deal* zu differenzieren: Beim *asset deal* muss sich der Veräußerer als Unternehmensträger Fehler seiner Mitarbeiter zurechnen lassen, da diese im Geschäftsbetrieb mit seinem Willen tätig sind und somit als Erfüllungsgehilfen aus dem Unternehmenskaufvertrag eingesetzt werden (§ 1313a ABGB)²²³. Beim *share deal* wird der Entlastungsbeweis für den Verkäufer einfacher sein, da er sich als Gesellschafter das Fehlverhalten der Geschäftsführung der Zielgesellschaft grundsätzlich nicht zurechnen lassen muss, wenn er nicht selbst an der Geschäftsführung beteiligt ist²²⁴.

Aus der vollen Konkurrenz von Gewährleistung und Schadenersatz folgt, dass der Erwerber grundsätzlich **den Mangel als Nichterfüllungsschaden** begehren kann, wenn das ursächliche Handeln rechtswidrig und schuldhaft war²²⁵. Der Nichterfüllungsschaden besteht in der **Differenz** zwischen hypothetischem **Wert** des mangelfreien und Wert des mangelhaften Kaufgegenstandes. Der Käufer kann alternativ auch die **Behebungskosten des Mangels** verlangen²²⁶ (Verbesserungsaufwand, Sanierungskosten; zum Umfang des Anspruchs s ausführlich Punkt 2.3.2).

Die Konkurrenz darf **nicht zu einer Bereicherung** des Erwerbers führen. Der in der Mangelhaftigkeit der Sache liegende Nachteil kann daher nicht zugleich durch Verbesserung und Ersatz des Nichterfüllungsschadens liquidiert werden²²⁷.

Ein Schadenersatzanspruch ist jedoch auch möglich, wenn nicht die Mangelhaftigkeit als solche geltend gemacht wird und die Rechtswidrigkeit somit nicht in einer Vertragsverletzung liegt, sondern wenn sie aus der **Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten** resultiert. Dies ist insb bei bereits anfänglich (dh bei Vertragsabschluss) **unbehebaren Mängeln** der Fall. Der Schadenersatzanspruch bezieht sich dann nicht auf das

²²¹ Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung 33; RV 422 BlgNR 21. GP 20; zB OGH 2 Ob 2140/96m, ecolex 1996, 910 (verschwiegener Sanierungsbedarf eines Palais); OGH 10 Ob 2066/96p, immolex 1997/159 (Dekontaminierungskosten).

²²² Puck, Der Unternehmenskauf 123; I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 77 f.

²²³ Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch M&A 496 mit Verweis auf Puck, Der Unternehmenskauf 113 f.

²²⁴ Puck, Der Unternehmenskauf 114.

²²⁵ OGH 10 Ob 2066/96p RdU 1997/59, 136 (krit Kerschner) = immolex 1997, 281.

²²⁶ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 78.

²²⁷ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 90 f.

Erfüllungsinteresse sondern auf den **Vertrauensschaden**^{228,229}. Zu den vorvertraglichen Aufklärungspflichten s sogleich ausführlicher unter Punkt 1.10.2. In diesem Fall ist der Schadenersatz- mit dem Gewährleistungsanspruch nicht deckungsgleich.

Wird der Mangel erst **nachträglich** (wirtschaftlich) **unbehebbar**, so liegt die **Rechtswidrigkeit** in der Herbeiführung des Mangels. Ein Beispiel hierfür wäre, wenn für den Fortbetrieb des Unternehmens wichtige Vertragsverhältnisse durch **Verschulden** des Verkäufers verletzt oder beendet werden und nicht wiederhergestellt werden können²³⁰.

Schadenersatzansprüchen wird in der **Praxis** des Unternehmenskaufs regelmäßig **zu wenig Aufmerksamkeit** geschenkt: Gewährleistungszusagen sowie Beschränkungen der aus diesen resultierenden Ansprüche werden oft sehr ausführlich abgehandelt; allfällige Schadenersatzansprüche werden jedoch oftmals gar nicht erwähnt. Dies ist bedenklich, da über einen Schadenersatzanspruch neben Mangelschäden **auch Mangelfolgeschäden** geltend gemacht werden können. Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche sind insoweit nicht deckungsgleich. Für Schadenersatzansprüche gelten zudem **längere Verjährungsfristen**. Eine Klage aus Schadenersatz ist daher auch dann noch möglich, wenn der korrespondierende Gewährleistungsanspruch bereits verjährt ist.

Es ist weiters davon auszugehen, dass bei einem vertraglichen **Ausschluss** (nur) von Gewährleistungsansprüchen Schadenersatzansprüche grundsätzlich nicht ausgeschlossen sind, es sei denn im konkreten Fall ergibt sich aus dem nachweislichen Parteiwillen anderes.

Zum Umfang der Schadenersatzansprüche s ausführlich bei den Rechtsfolgen unter Punkt 2.3.2.

1.10.2 Vorvertragliche Pflichtverletzung des Verkäufers – *culpa in contrahendo*

Schadenersatz aus culpa in contrahendo betrifft die Haftung für vorvertragliches Verschulden und zwar idR die Haftung für vorvertragliche Informationen²³¹: Werden Vertragsverhandlungen aufgenommen, so entsteht zwischen den Parteien ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit **Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten**. Dadurch werden die Parteien zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet, und im Fall der Nichtbeachtung der gegenseitigen Pflichten können schadenersatzrechtliche Folgen entstehen²³². Genau genommen bedarf es für das Entstehen vorvertraglicher Pflichten nicht unbedingt der

²²⁸ Welser/Jud, Die neue Gewährleistung § 933a Rz 12; OGH 6 Ob 531/91.

²²⁹ Siehe dazu auch Punkt 2.3.2 und Punkt 3.3.9.

²³⁰ I. Welser/Sieglwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 79.

²³¹ Dogmatische Grundlage für die Rechtsanalogie sind insb §§ 874 (Schadenersatz wegen listiger Irreführung beim Vertragsschluss) und 878 Satz 3 ABGB (Schadenersatz bei Kenntnis oder Kennenmüssen der Unmöglichkeit); hierzu Welser, ÖJZ 1986, 724; Pletzer, JBl 2002, 545; aA Reischauer in Rummel, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 14, der ein vorvertragliches Schuldverhältnis grundsätzlich ablehnt und stattdessen deliktische Tatbestände annimmt; vermittelnd Koziol, JBl 1994, 212 ff; OGH 3 Ob 509/95 JBl 1995, 522.

²³² Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 16 f; Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 8 und 14 f; Welser, ÖJZ 1973, 284; Ostheim, JBl 1980, 527.

Aufnahme von Verhandlungen, vielmehr kann auch eine einseitige Handlung bereits Sorgfaltspflichten begründen²³³.

Zu beachten ist, dass es nach dem tragenden Grundsatz der **Privatautonomie** den Parteien prinzipiell freisteht, **vom Vertragsschluss Abstand** zu nehmen und die Vertragsverhandlungen jederzeit abubrechen²³⁴. Eine Haftung aus *culpa in contrahendo* für das Abstehen vom Vertragsschluss kann daher nur bei Vorliegen eines besonderen **Vertrauenstatbestandes** angenommen werden oder wegen **Irreführung über die Ernstlichkeit des eigenen Abschlusswillens**²³⁵. Erfolgt die Irreführung in bewusster Schädigungsabsicht, besteht jedenfalls eine Schadenersatzpflicht²³⁶. Ebenso bei Erzeugung eines Vertrauenstatbestandes, zB durch ein Verhalten, als wäre der Vertrag bereits geschlossen worden, durch Erfüllungshandlungen oder Zustimmung zu angekündigten Dispositionen der Gegenseite²³⁷. Darüber hinaus müssen alle *essentialia negotii* feststehen und es dürfen keine weiteren Meinungsverschiedenheiten mehr vorliegen²³⁸. Weiters wird eine Haftung angenommen, wenn eine Partei erkennt, dass sie den Vertrag nicht schließen möchte, es aber unterlässt, die Gegenseite darüber aufzuklären und letztere Dispositionen tätigt (**Unterlassung der rechtzeitigen Absage**)²³⁹.

Die zweite wesentliche Fallgruppe²⁴⁰ für eine Haftung aus *culpa in contrahendo* betrifft die schuldhafte Verletzung von **Informations- und Aufklärungspflichten** (näheres dazu sogleich).

Nach der Auffassung von *Dorda/Ramsauer*²⁴¹ können auch die Fälle des grundlosen Abstehens vom Vertragsschluss in die Fallgruppe der Aufklärungspflichtverletzung eingeordnet werden, da jeweils eine Verpflichtung zur rechtzeitigen Aufklärung über den fehlenden Abschlusswillen verletzt wird.

Für die *culpa in contrahendo* gelten die **Grundsätze der Vertragshaftung** und die diesbezüglichen Vorteile der Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB, der Gehilfenzurechnung nach § 1313a ABGB und die Möglichkeit des Ersatzes auch eines bloßen

²³³ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 14a.

²³⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 13 f, 16 f, insb 18; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 17 mwN; *Rödler/Hötzel/Mueller-Thuns*, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf § 3 Rz 10.

²³⁵ *Ostheim*, JBl 1980, 522.

²³⁶ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 17 mwN; OGH 4 Ob 515, 516/91 JBl 1992, 118.

²³⁷ *Ostheim*, JBl 1980, 530.

²³⁸ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 17 mwN.

²³⁹ *Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 24; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 17 mwN

²⁴⁰ *Welser* in FS Wagner 365 ff.

²⁴¹ *Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 25.

Vermögensschadens²⁴². Außerdem besteht bereits eine Haftung für Schäden, die durch fahrlässige Auskunftserteilung oder fahrlässige Irreführung entstehen²⁴³.

Die Haftung aus vorvertraglichem Verschulden ist in **Deutschland** sowohl aus Sicht der Lehre als auch nach der Rsp die nahezu **wichtigste Anspruchsgrundlage**²⁴⁴. In Österreich hat dieses Rechtsinstitut demgegenüber einen geringeren Anwendungsbereich. Darüber hinaus ist die **Rsp in Österreich** zur **Aufklärungspflicht** des Verkäufers im Zusammenhang mit dem Unternehmenskauf relativ **uneinheitlich**.

Eine Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsabschluss ist auf den Ersatz des **Vertrauensschadens** gerichtet: Dem Geschädigten ist sein reiner Vermögensschaden, und zwar sein **negatives Vertragsinteresse**, zu ersetzen²⁴⁵. Dabei ist er so zu stellen, wie er ohne Pflichtverletzung stünde, dh so wie er bei pflichtgemäßer Aufklärung stünde.

Der Ersatz des **Erfüllungsinteresses** lässt sich daraus grundsätzlich mangels Kausalität nicht herleiten.

Zum Umfang des Anspruchs s ausführlich Punkt 1.10.2c).

Neben Fällen des grundlosen Abstehens vom Vertragsabschluss ist eine Haftung des Verkäufers insb gegeben, wenn dieser eine **Wahrheits-, Aufklärungs- oder Berichtigungspflicht** verletzt hat²⁴⁶. Auf diese Pflichten soll im Folgenden näher eingegangen werden:

a) **Unrichtige Angaben: Wahrheitspflicht**

Den Verkäufer trifft eine **Wahrheitspflicht** insofern, als er weder vorsätzlich noch fahrlässig falsche Angaben machen darf. Dies gilt sowohl für freiwillige Angaben, die er aus eigenem Antrieb macht, als auch für Informationen, die er auf Anfrage erteilt.

Nach Auffassung des **OGH**²⁴⁷ ist der Erwerber allerdings nicht zur Geltendmachung eines Vertrauensschadens berechtigt, wenn die **Unrichtigkeit** der vom Veräußerer zur Verfügung gestellten Unterlagen für den Erwerber **leicht erkennbar ist** (im Anlassfall durch Vergleich der sonstigen ihm überlassenen Geschäftsunterlagen).

²⁴² *Ostheim*, JBl 1980, 523 mwN.

²⁴³ *Dorda/Ramsauer* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 8 und 13; im Rahmen der deliktischen Haftung wäre eine Haftung für Schäden wegen fahrlässiger Auskunftserteilung oder fahrlässiger Irreführung ausgeschlossen; s *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1300 Rz 8.

²⁴⁴ *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 86.

²⁴⁵ 1 Ob 183/00v mwN, SZ 73/160 = immolex 2001/78 (zust *Kovanyi*).

²⁴⁶ *Fleischer/Körber*, BB 2001, 843, 847.

²⁴⁷ OGH 7 Ob 553/88 wbl 1988, 341.

Eine **Berichtigungspflicht** wurde in Deutschland in Fällen angenommen, in denen es nachträglich zu einer Veränderung der Vertragsumstände kam²⁴⁸.

b) Verschweigen relevanter Umstände: Aufklärungspflicht

Das **Verschweigen** bestimmter Umstände ist nur dann rechtswidrig, wenn den Verkäufer diesbezüglich eine **Aufklärungspflicht** trifft. Diesbezüglich interessieren zwei Fragen:

- zum einen über **welche Umstände** eine Aufklärung grundsätzlich zu erfolgen hat, und
- zum anderen **ab welchem Kenntnisstand** des Verkäufers die Aufklärungspflicht eintritt.

Eine Aufklärungspflicht wird in der **Lit in allgemeiner Form** unter Verweis auf die gegebene Interessenlage **abgelehnt**: Wegen des Widerstreits der Interessen der Vertragspartner besteht keine besondere Aufklärungspflicht über die für die Preisbildung maßgebenden Tatsachen und muss daher jeder Vertragspartner selbst prüfen, ob das Geschäft für ihn vorteilhaft ist²⁴⁹. Eine Aufklärungspflicht wird nur bei Vorliegen **besonderer Umstände** angenommen, nämlich wenn das Verschweigen von Tatsachen gegen den Grundsatz von **Treu und Glauben** verstoßen würde und der Erwerber die Mitteilung **nach der Übung des redlichen Verkehrs (Verkehrsauffassung) erwarten durfte**^{250,251}. Dies ist nach den Umständen des **Einzelfalles** zu beurteilen²⁵².

Nach *F. Bydlinski*²⁵³ ist eine Aufklärungspflicht insb dann anzunehmen, wenn die Beschaffenheit des Kaufobjekts nicht einmal den nach der **Verkehrsrübung erwartbaren Eigenschaften** entspricht. Die Frage, welche Eigenschaften bei einem Unternehmen nach der Verkehrsrübung erwartet werden dürfen, ist ähnlich gelagert wie die gewährleistungsrechtlich relevante Frage nach den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften eines Unternehmens. Zu der Schwierigkeit bzw Unmöglichkeit deren Konkretisierung kann daher auf die Ausführungen in Punkt 1.3.1 verwiesen werden.

²⁴⁸ BGH NJW-RR 1996, 429 (Kündigung wesentlicher Wartungsverträge nach Abschluss der Vertragsverhandlungen aber vor Vertragsabschluss); s dazu *Fleischer/Körber*, BB 2001, 843 mit weiterem Verweis auf BGH NJW 1983, 2493.

²⁴⁹ *F. Bydlinski*, JBl 1980, 393 ff; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 15 mwN; OGH 1 Ob 544/87 JBl 1987, 657.

²⁵⁰ Zur Rechtslage in Deutschland s *Fleischer/Körber*, BB 2001, 843, 847 mwN und Beispielen; *Werner*, ZIP 2000, 989.

²⁵¹ Für Österreich: *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 374 mit zahlreichen Verweisen auf die Rsp in FN 6; *Pletzer*, JBl 2002, 554 mwN; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 15 mwN; zur Jud s insb OGH 7 Ob 529/91 sowie die jüngeren Entscheidungen OGH 10 Ob 2066/96p RdU 1997, 136 (*Kerschner*) = immoloex 1997, 281; OGH 4 Ob 301/97m; OGH 2 Ob 382/97h; OGH 10 Ob 88/00i; OGH 1 Ob 183/00v SZ 73/160 = immolex 2001/78 (zust *Kovanyi*).

²⁵² *Picot*, Unternehmenskauf und Restrukturierung 60.

²⁵³ *F. Bydlinski*, JBl 1980, 394; ebenso *Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 20 ff; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 15 mwN.

Die Rsp in **Deutschland** zeigte sich bezüglich der Annahme von Aufklärungspflichten zurückhaltend mit dem Argument, es werde von einem in geschäftlichen Dingen erfahrenen Käufer erwartet, seine Interessen bei der Informationsbeschaffung über das Zielunternehmen selbst wahrzunehmen²⁵⁴. Angenommen wurde eine Aufklärungspflicht etwa bei Vorliegen bestimmter Umstände, die den Vertragszweck gefährden und für den anderen Teil von wesentlicher Bedeutung sind²⁵⁵, oder wenn die Parteien übereinstimmend von bestimmten Parametern ausgehen²⁵⁶.

Auch in Österreich hat der **OGH** wiederholt entschieden²⁵⁷, dass **keine allgemeine Rechtspflicht** besteht, den Geschäftspartner **über alle Umstände aufzuklären**, die auf seine Entscheidung Einfluss haben könnten. Die Rsp ist jedoch im Konkreten nicht einheitlich²⁵⁸:

Aufzuklären ist jedenfalls über Umstände, die die **Gültigkeit** des Vertragsabschlusses betreffen²⁵⁹. Dies betrifft insb formelle Gültigkeitsvoraussetzungen, wie zB die Vertretungsbefugnis²⁶⁰. Darüber hinaus ist eine **Offenlegungspflicht** nur bezüglich solcher Umstände gegeben, die für die Entschließung des anderen Teiles von **ausschlaggebender Bedeutung** sind und deren Mitteilung nach der **Verkehrsauffassung** sowie den **Grundsätzen des redlichen Verkehrs** erwartet werden durfte²⁶¹. Konkret kommt es nach der Rsp darauf an, ob durch das Verschweigen der **Vertragszweck** gefährdet oder der Partner einen **Schaden** erleiden würde²⁶², weiters auf die **Relevanz** des Umstandes für den Vertragsabschluss²⁶³ und die **Beschaffenheit und Funktionsweise des Kaufgegenstandes**²⁶⁴.

²⁵⁴ *Fleischer/Körber*, BB 2001, 843 mit Verweis auf BGH DB 1970, 42 und BGH NJW 1989, 763 f; BGH NJW-RR 1991, 439 f.

²⁵⁵ BGH DB 1970, 42 f (rückläufige Umsätze).

²⁵⁶ BGH NJW 1981, 2050 (Kaufpreisberechnungsmethode); Hans. OLG Hamburg WM 1994, 1378, 1389 (drohende Kündigung der Geschäftsräume).

²⁵⁷ OGH 5 Ob 524/79 SZ 52/22 (Konkurs des Mieters); OGH 1 Ob 778/81 SZ 55/51; OGH 7 Ob 553/88 wbl 1988, 341; OGH 1 Ob 183/00v unter Verweis auf *F. Bydlinski*, JBl 1980, 393 ff, SZ 73/160 = immolex 2001/78 (zust *Kovanyi*).

²⁵⁸ *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 13.

²⁵⁹ *Dorda/Ramsauer* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 21 f.

²⁶⁰ OGH 1 Ob 617/79 JBl 1980, 33.

²⁶¹ *Apathy* in *Schwimann*, ABGB³ § 870 RZ 6 mit Beispielen aus der Jud in Rz 7 und 8; *F. Bydlinski*, JBl 1980, 393 ff; *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 374; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ Vor §§ 918 ff Rz 15; *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 870 Rz 4; zB OGH 5 Ob 524/79 SZ 52/22; OGH 1 Ob 183/00v mit weiteren Judikaturverweisen, SZ 73/160 = immolex 2001/78 (zust *Kovanyi*).

²⁶² 3 Ob 613/81; 7 Ob 625/91 JBl 1992, 450.

²⁶³ OGH 7 Ob 169/99z (Relevanz für den Vertragsabschluss); OGH 5 Ob 524/79 SZ 52/22 = JBl 1980, 424 (mangelnder Hinweis auf die erfolgte Konkurseröffnung; bewusstes Verschweigen als List); OGH 7 Ob 529/91; OGH 1 Ob 1574/92; 7 Ob 169/99z (Käufer bringt besondere Relevanz zum Ausdruck).

Danach besteht eine Aufklärungspflicht, wenn das Kaufobjekt nicht einmal den nach der **Verkehrsübung erwartbaren Eigenschaften** entspricht²⁶⁵. Abzustellen ist weiters auf den vorauszusetzenden **Wissensstand des Käufers**²⁶⁶ und auf ein allenfalls bestehendes besonderes **Vertrauensverhältnis**²⁶⁷.

Teilweise wird auch darauf abgestellt, ob der Käufer entsprechende Informationen verlangt hat: Bei einem Kaufvertrag unter Unternehmern ist etwa nach einer älteren Entscheidung des OGH²⁶⁸ eine Aufklärungspflicht des Verkäufers idR **nur** anzunehmen, wenn der Käufer durch **Nachfrage** zum Ausdruck bringt, dass er auf einen Punkt besonderen Wert legt und daher informiert werden will, **oder** wenn der **Verkäufer** wegen seiner **überlegenen Fachkenntnisse** zugleich als Berater des Käufers auftritt. Dann müsse er den Käufer über solche Umstände aufklären, deren Bedeutung dieser mangels Fachkenntnis nicht erkennt, deren Kenntnis aber für seine Entscheidung zum Vertragsabschluss von maßgeblichem Einfluss ist. Auch wenn man der strengen Auffassung des OGH in dieser Entscheidung, dass eine Aufklärungspflicht nur bei Nachfragen des Käufers besteht, mE nicht folgen kann, da sie zu einer (nach stRsp nicht bestehenden) Untersuchungsobliegenheit führt, kann dennoch festgehalten werden, dass eine **Aufklärungspflicht jedenfalls** anzunehmen ist, wenn der Erwerber entsprechende **Fragen stellt** bzw **Unterlagen verlangt**. Explizites Nachfragen erfordert demnach Aufklärung und führt bei Verweigerung zur Pflicht, frustrierte Aufwendungen zu ersetzen, wenn die Verhandlungen daran scheitern²⁶⁹.

Umgekehrt endet die Schutzpflicht des Geschäftspartners an der Grenze **objektiver Vorhersehbarkeit** einer Gefährdung der Interessen des Gegners²⁷⁰. Keine Aufklärungspflicht

²⁶⁴ 1 Ob 564/95; 1 Ob 183/00v SZ 73/160 = immolex 2001/78 (zust *Kovanyi*) (Gebäuderisse in einer Eigentumswohnung; unter Verweis auf *F. Bydlinski*, JBl 1980, 394); OGH 10 Ob 1/09h; *Dorda/Ramsauer* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 22.

²⁶⁵ *F. Bydlinski*, JBl 1980, 394.

²⁶⁶ OGH 1 Ob 564/95 SZ 68/105 = RdW 1995, 422 (Beschaffenheit und Funktionsweise des Leistungsgegenstands sowie vorauszusetzender Wissensstand des Erwerbers); OGH 1 Ob 778/81 SZ 55/51 (Aufklärungspflicht bei Nachfragen des Käufers und wegen überlegener Fachkenntnisse des Verkäufers); ebenso OGH 5 Ob 568/88; OGH 7 Ob 169/99z; *Dorda/Ramsauer* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 22.

²⁶⁷ OGH 1 Ob 666/81 JBl 1982, 86 (eine besondere Verbindlichkeit zur Treue ist bei Umsatzgeschäften im Regelfall nicht gegeben; es besteht keine Aufklärungspflicht, der Käufer beurteilt den Wert der Sache auf eigenes Risiko); OGH 7 Ob 575/93 ÖBA 1994, 156 (*Iro*) = wbl 1994, 28;

²⁶⁸ OGH 1 Ob 778/81 SZ 55/51; im Anlassfall wurde eine solche Verpflichtung nach den Tatsachenfeststellungen jedoch verneint.

²⁶⁹ *Dorda/Ramsauer* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 26.

²⁷⁰ OGH 5 Ob 524/79 SZ 52/22; OGH 2 Ob 113/89; OGH 7 Ob 575/93 ÖBA 1994, 156 (*Iro*) = wbl 1994, 28; OGH 1 Ob 617/95 ÖBA 1996, 382 = HS 26.606; OGH 10 Ob 2066/96p RdU 1997, 136 (krit *Kerschner*, der diese Grenze im konkreten Fall als nicht erreicht sah) = immolex 1997, 281; OGH 1 Ob 564/95 SZ 68/105 = RdW 1995, 422.

besteht demnach dort, wo bei objektiver Betrachtung keine Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Interessen des Vertragspartners zu erkennen sind.

Die genannten Kriterien werden von der **Lehre** überwiegend ähnlich gesehen, wobei darauf hingewiesen wird, dass bei Umständen, die zu einer Vereitelung des Vertragszwecks überhaupt führen können und die die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes selbst betreffen, strengere Aufklärungspflichten bestehen als hinsichtlich äußerer Faktoren, die nur für die Preisbildung maßgebend sind²⁷¹. Die Abgrenzung zwischen Umständen betreffend die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes und solchen, die „nur“ für die Preisbildung maßgeblich sind, dürfte mE jedoch sehr schwer fallen und in der Praxis nicht praktikabel sein, ist doch davon auszugehen, dass die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes mit der Preisbildung in einem untrennbaren Zusammenhang steht (s dazu die Ausführungen unter Punkt 1.9.1).

*F. Bydlinski*²⁷² betont, dass grundsätzlich jede Partei ihre eigenen Interessen verfolge und daher auch einen etwaigen Informationsvorsprung hinsichtlich preisbildender Faktoren ausnutze. Aufklärungspflichten dürften nicht dazu führen, dass eine Partei den „Kurator der anderen spielen“ und alle Informationsvorteile aus der Hand geben müsse.

Zum **Unternehmenskauf** vertritt der OGH in einer Entscheidung die Auffassung, beim Kauf eines Unternehmens genüge zur Erfüllung der Offenlegungspflicht im Allgemeinen die Überlassung derjenigen Unterlagen, aus denen sich die für die Beurteilung der **wirtschaftlichen Lage des Unternehmens wesentlichen Umstände** ergeben²⁷³.

Umgekehrt verneint der OGH²⁷⁴ eine Aufklärungspflicht, wenn es der Käufer **unterlässt, die Vorlage von relevanten Unterlagen (Steuerbilanzen) zu verlangen** und den Feststellungen nicht entnommen werden kann, dass ihm die Unterlagen auf Verlangen nicht gezeigt worden wären. In der soeben zitierten Entscheidung hat der Gerichtshof eine aktive Aufklärungspflicht des Verkäufers auch im Hinblick auf die **Kaufpreisgestaltung** verneint, da der Erwerber keinen Preis für *Goodwill* zu leisten und die Unternehmensverbindlichkeiten nicht zu übernehmen hatte und der Verkäufer das Vorhandensein großer Verluste daher nicht als wesentlich für den Erwerber erkennen musste. Der Verkäufer könne vielmehr damit rechnen, dass der Erwerber aufgrund seiner Branchenerfahrung erfolgreicher wirtschaften könne. Ungeachtet dessen, wie man die Plausibilität der Argumente beurteilen mag, zeigt die Entscheidung die Wichtigkeit auf, den Informationsfluss bestmöglich zu dokumentieren.

Allerdings ist nicht zu übersehen, dass sich der **Jud** hinsichtlich der Annahme von Aufklärungspflichten in den letzten Jahren zusehends **verschärft** hat²⁷⁵. Dies betrifft vor

²⁷¹ *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 374 mit Verweis auf *F. Bydlinski*, JBl 1980, 394.

²⁷² *F. Bydlinski*, JBl 1980, 395.

²⁷³ OGH 7 Ob 553/88 wbl 1988, 341 unter Verweis auf OGH 1 Ob 778/81 SZ 55/51 und OGH 5 Ob 524/79 SZ 52/22.

²⁷⁴ OGH 4 Ob 1657/95 ecolex 1996, 247 = SWK 1996, B 77 (*Heidinger*) = RdW 1996, 60 für Verluste in der Vergangenheit; ebenso OGH 3 Ob 520/94, 559/95 SWK 1996, B 77 (*Heidinger*) = ecolex 1996, 15 (*Puck*) für das Fehlen eines positiven Ertragswertes.

²⁷⁵ *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 13.

allem den Bereich der Liegenschaften iZm **Kontaminationen** und die Frage, **ab welchem Kenntnisstand** den Verkäufer eine Aufklärungspflicht trifft. Es soll daher in der Folge auf diese Entwicklungen näher eingegangen und geprüft werden, inwieweit die hierbei bestehenden Tendenzen und Argumente verallgemeinerungsfähig sind.

In Anbetracht der Sanierungskosten und öffentlichrechtlichen Verpflichtungen handelt es sich bei Altlasten regelmäßig um einen Umstand, der für den Käufer von ganz entscheidender Bedeutung iSd oben angeführten Kriterien ist²⁷⁶. Häufig hat jedoch der **Verkäufer** selbst keine definitive Kenntnis von der Kontamination selbst sondern lediglich **Verdachtsgründe** oder Kenntnis über die **frühere Nutzung** der Liegenschaft.

In **Deutschland** nimmt die Rsp eine Aufklärungspflicht jedenfalls bei einem tatsächlichen Verdacht an, aber auch bereits bei Kenntnis der früheren Nutzung, wenn diese Nutzung als grundsätzlich altlastengeneigt einzustufen ist. Dies wurde bei einer ehemaligen Mülldeponie²⁷⁷ sowie einer früheren Tankstelle²⁷⁸ bejaht, bei einem Industriegrundstück²⁷⁹ verneint. Dieser Maßstab ist sehr streng, da es nicht einmal auf einen konkreten Verdacht ankommt sondern bereits die **bloße Möglichkeit** einer Kontamination zu einer Aufklärungspflicht führt.

In der **dt Lit**²⁸⁰ ist das Bestehen einer Aufklärungspflicht bei positiver Kenntnis unstrittig. Auch hinsichtlich des Vorliegens von Verdachtsgründen sowie Kenntnis von der früheren Nutzung folgt die Lehre grundsätzlich der Auffassung der Rsp, wobei allerdings bei Industriegeländen nicht generell ein Altlastenverdacht zu verneinen sondern auf die konkrete Tätigkeit im Einzelfall abzustellen sein soll.

In **Österreich** hat der **OGH** in früheren Entscheidungen eine Aufklärungspflicht ursprünglich nur bei **Kenntnis**²⁸¹ **von der Mangelhaftigkeit** bzw bei **Kennenmüssen**²⁸² angenommen. In

²⁷⁶ *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 375.

²⁷⁷ BGH NJW 1991, 2900 (wilde Müllkippe); BGH NJW 1995, 1549 (ehemalige Werksdeponie); s auch den Überblick über die dt. Rsp und Lit bei *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 375.

²⁷⁸ BGH NJW 1999, 3777.

²⁷⁹ BGH NJW 1994, 253.

²⁸⁰ Siehe die Übersicht über die dt Lit bei *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 375; insb *Fehn*, Haftung für Altlasten 78; *Harms*, NJW 1999, 3668; *Knoche*, NJW 1995, 1989 ff.

²⁸¹ OGH 7 Ob 562/94 RdU 1996, 88 (*Berger*) = ÖZW 1996, 85 (*Hüttler*) = ecolex 1996, 94: keine Irreführung mangels positiver Kenntnis von der Kontamination (die Käuferin wusste von der früheren Nutzung als Tankstelle, die Verkäuferin wusste nichts von der überdurchschnittlich hohen Kontamination, OGH: „Da die Beklagte nichts von der überdurchschnittlich starken Kontaminierung wusste, scheidet Irreführung der Klägerin durch die Beklagte aus.“; zur den Ausführungen des OGH zur schuldhaften Unkenntnis in derselben Entscheidung s sogleich); OGH 10 Ob 2066/96p RdU 1997/59, 136 (krit *Kerschner*) = immolex 1997, 281: keine Verletzung der Aufklärungspflicht mangels positiver Kenntnis; dazu krit *Wilhelm*, ecolex 1997, 731; *Pilgerstorfer*, Bodensanierung 181 ff.

²⁸² OGH 7 Ob 562/94 RdU 1996, 88 (*Berger*) = ÖZW 1996, 85 (*Hüttler*) = ecolex 1996, 94: Kennenmüssen; mangels Nachweises von objektiven Anhaltspunkten, die Zweifel an der ordnungsgemäßen Entsorgung hervorrufen mussten, wurde eine Aufklärungspflicht verneint.

jüngeren Entscheidungen hingegen geht er schon beim Bestehen von **Verdachtsgründen**²⁸³ von einer Aufklärungspflicht aus.

Auch die **Lit** in Österreich bejaht überwiegend eine Aufklärungspflicht bei Kenntnis oder Kennenmüssen der Kontamination sowie bei Vorliegen von **Verdachtsgründen**²⁸⁴. Zum Teil wird – entsprechend der in Deutschland vertretenen hL – bei einer altlastengeneigten Vornutzung, die dem Verkäufer bekannt ist, bereits aufgrund der bloßen **Möglichkeit einer Kontaminierung** eine Aufklärungspflicht angenommen. Es ist demnach im Einzelfall zu beurteilen, ob nach Art der ausgeübten Tätigkeit zumindest mit der **Möglichkeit einer Kontaminierung** zu rechnen ist²⁸⁵.

Bei der Frage nach dem Bestehen einer Aufklärungspflicht spielt auch der **Kenntnisstand des Erwerbers** eine wesentliche Rolle. Wie oben bereits ausgeführt, ist nach der Rsp nicht nur auf die Relevanz des Umstandes für den Vertragsabschluss und die Beschaffenheit und Funktionsweise des Kaufgegenstandes abzustellen, sondern auch auf den vorauszusetzenden **Wissensstand des Käufers**²⁸⁶ und auf ein allenfalls bestehendes besonderes **Vertrauensverhältnis**²⁸⁷. Verfügt der Erwerber über einen **gleichwertigen Wissensstand** wie der Verkäufer, ist eine Aufklärungspflicht zu verneinen²⁸⁸. Haben daher Käufer und Verkäufer gleichermaßen Kenntnis zB von einer bestimmten früheren Nutzung der Liegenschaft, trifft den Verkäufer keine weitere Aufklärungspflicht. Von einem gleichwertigen Wissensstand kann jedoch nur gesprochen werden, wenn dem Käufer sämtliche dem Verkäufer bekannte Indizien, die für das Bestehen einer Kontamination sprechen, ebenfalls zur Verfügung stehen²⁸⁹. Ist daher dem Verkäufer wie dem Käufer gleichermaßen die Vornutzung einer Liegenschaft bekannt, rechnet jedoch der Verkäufer darüber hinaus mit einer konkreten Kontaminierung (zB weil er weiß, welche Art von Stoffen

²⁸³ OGH 5 Ob 104/99a bbl 2000/84 = wobl 2000/199, 365 (zust *Pilgerstorfer*): Aufklärungspflicht bei Vorhandensein von Verdachtsgründen (Chemieabfälle auf Baugrund; der Käuferin war die Möglichkeit der früheren Nutzung als Schottergrube bekannt, der Verkäufer rechnete jedoch darüber hinaus konkret mit Kontaminationen); OGH 8 Ob 36/07p: Verdachtsgründe.

²⁸⁴ Siehe *Berger*, Anm zu OGH 7 Ob 562/94 in RdU 1996, 88 (Kenntnis oder Kennenmüssen); *Kerschner*, Anm zu OGH 10 Ob 2066/96p RdU 1997, 138 f (Kontaminierungsverdacht); *Madl*, ecolex 1995, 704 (nur bei Kenntnis oder Kennenmüssen); *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 379 (objektive Verdachtsgründe, betreffend die Vornutzung: Möglichkeit einer Kontaminierung); *Wilhelm*, ecolex 1997, 729 (gebotene Aufklärung über eine eventuelle Verunreinigung).

²⁸⁵ *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 379.

²⁸⁶ OGH 1 Ob 564/95 SZ 68/105 = RdW 1995, 422 (Beschaffenheit und Funktionsweise des Leistungsgegenstands sowie vorauszusetzender Wissensstand des Erwerbers); OGH 1 Ob 778/81 SZ 55/51 (Aufklärungspflicht bei Nachfragen des Käufers und wegen überlegener Fachkenntnisse des Verkäufers); ebenso OGH 5 Ob 568/88; OGH 7 Ob 169/99z.

²⁸⁷ OGH 1 Ob 666/81 JBl 1982, 86 (ein solches ist bei Umsatzgeschäften im Regelfall nicht gegeben, der Käufer beurteilt den Wert der Sache auf eigenes Risiko); OGH 7 Ob 575/93 ÖBA 1994, 156 (*Iro*) = wbl 1994, 28;

²⁸⁸ *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 379.

²⁸⁹ *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 380.

auf der Liegenschaft gelagert wurden), so ist der Wissensstand nicht gleichwertig, und eine Aufklärungspflicht besteht²⁹⁰.

Die Grundsätze, wie sie von der Rsp insb im Bereich des Liegenschaftskaufes entwickelt wurden, können auch für den Unternehmenskauf nutzbar gemacht werden, insoweit die Interessenlage vergleichbar ist. Auch beim Unternehmenskauf gibt es latente Risiken mit ähnlichem wirtschaftlichen Gefährdungspotential, hinsichtlich der der Verkäufer naturgemäß über einen besseren Informationsstand verfügt als der Erwerber. Eine Kontamination der Betriebsliegenschaft ist nur ein Beispiel von vielen möglichen Sachverhaltskonstellationen.

Zusammenfassend kann der Verkäufer als Grundsatz davon ausgehen, dass

- je **gravierender die verschwiegenen Eigenschaftsmängel** und die möglichen Nachteile für den Käufer sind,
- je **konkreter der Wissensstand bzw die Verdachtsgründe** des Verkäufers sind und
- je **weniger sachkundig der Erwerber** andererseits ist,

umso eher von der Jud eine Aufklärungspflicht angenommen wird²⁹¹. Dabei kann der Verkäufer nicht (mehr) darauf warten, dass der Käufer Auskunft über für ihn relevante Umstände verlangt, sondern er hat vielmehr **von sich aus aktiv** Auskunft über die für ihn **erkennbaren Mängel** zu erteilen²⁹².

Diese Entwicklung ist deshalb besonders brisant, da bei Bestehen einer Aufklärungspflicht die bewusste Unterlassung dieser Aufklärung dazu führt, dass zum einen der **Gewährleistungsausschluss**, und zwar sowohl ein allgemeiner als auch ein mangelspezifischer, **unwirksam** ist (s dazu sogleich unter c) und ausführlich unter Punkt 3.4.3a) und Punkt 3.4.4a)) und zum anderen der Käufer den Vertrag wegen **Arglist anfechten** kann (dazu s ausführlich Punkt 1.15.1). Der OGH legt an die Aufklärungspflichten des Verkäufers betreffend Mängel, die er kennt, einen strengen Maßstab an und wertet Schweigen als List im Sinne einer passiven Irreführung. Dies sogar dann, wenn für eine bestimmte Eigenschaft ein spezifischer Gewährleistungsausschluss vereinbart wurde²⁹³. Diese Judikaturlinie ist in der Lit zT auf heftige Kritik²⁹⁴ gestoßen, da sie für den Verkäufer mit erheblichen Risiken verbunden ist. *Brugger*²⁹⁵ etwa meint mit Verweis auf *F. Bydlinski*²⁹⁶,

²⁹⁰ So war im Anlassfall von OGH 5 Ob 104/99a bbl 2000/84 = wobl 2000/199, 365 (zust *Pilgerstorfer*) die Nähe zu einer Schottergrube, in der Abfälle gelagert wurden, Käufer und Verkäufer bekannt, der Verkäufer wusste darüber hinaus jedoch, welche Art von Ablagerungen vorgenommen worden waren und dass es sich zT um unerlaubte Ablagerungen handelte, es lag somit kein gleicher Wissensstand vor; s dazu *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 380.

²⁹¹ *Brugger*, ecolex 2008, 806; *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 379; OGH 7 Ob 169/99z; bereits OGH 1 Ob 564/95.

²⁹² Vgl hierzu auch die strenger werdende Rsp des dt BGH, nach dessen Auffassung der Verkäufer bei drohender Insolvenz **ungefragt** sämtliche Verbindlichkeiten des Unternehmens offenzulegen hat: BGH 6.2.2002, VIII ZR 185, DStR 2002, 1098; dazu *Brugger*, ecolex 2008, 806 in FN 26.

²⁹³ In dieser Strenge OGH 2 Ob 209/07k; krit dazu *Brugger*, ecolex 2008, 805 f.

²⁹⁴ *Brugger*, ecolex 2008, 803.

²⁹⁵ *Brugger*, ecolex 2008, 805.

dass die Jud sich hüten sollte, den „Bogen der Aufklärungspflicht zu überspannen“ und „bei jedem Schweigen die Listkeule zu schwingen“.

Für den Verkäufer bedeutet das konkret, dass er über ihm bekannte Mängel aktiv und konkret aufklären sollte, um nicht Gefahr zu laufen, dass ihm arglistige Verheimlichung des Mangels mit der Konsequenz der Anfechtbarkeit des Vertrages und der Unwirksamkeit des (allgemeinen sowie des spezifischen!) Gewährleistungsausschlusses vorgeworfen werden kann²⁹⁷.

Zur Thematik der **Wissenszurechnung** in diesem Zusammenhang, insb der brisanten Frage, welches Wissen welcher natürlichen Personen dem Verkäufer bzw Käufer zugerechnet werden soll, s ausführlich unter Punkt 1.15.3.

c) Rechtsfolgen der Verletzung von Aufklärungspflichten – Umfang des Ersatzanspruchs

Eine Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsabschluss ist auf den Ersatz des **negativen Vertragsinteresses (Vertrauensschadens)** gerichtet²⁹⁸. Dabei ist der Geschädigte so zu stellen, wie er ohne Pflichtverletzung stünde, dh so als ob er ordnungsgemäß über die relevanten Umstände aufgeklärt worden wäre. Da der Schadenersatz aus *culpa in contrahendo* ein vertraglicher Schadenersatz ist, sind auch **reine Vermögensschäden** vom Anspruch umfasst.

Als **Vertrauensschaden** kommen bspw **frustrierte Aufwendungen** für die Vorbereitung oder Abwicklung des Vertrages in Betracht²⁹⁹, wie etwa Kosten der Vertragserrichtung, Kosten der Vertragsverhandlungen, Dispositionen zur Vorbereitung der Transaktion, zB Finanzierungen, Herauslösung bestimmter Vermögensgegenstände, Betriebe oder Teilbetriebe aus dem Zielunternehmen, vorbereitende Umgründungen, Abschluss, Aufhebung oder Abänderung von Verträgen mit bisherigen Gesellschaftern bzw Familienangehörigen (zB Pensionsvereinbarungen, Anstellungsverträge), Einbringung von Anteilen in eine Privatstiftung etc³⁰⁰. Auch Nachteile wegen **versäumter Abschlussgelegenheiten** sind vom negativen Vertragsinteresse umfasst³⁰¹.

Der Ersatz des **Erfüllungsinteresses** lässt sich aus *culpa in contrahendo* **grundsätzlich** mangels Kausalität **nicht** herleiten. Hätte der Verkäufer sich pflichtgemäß verhalten und den Erwerber entsprechend aufgeklärt, hätte dieser den Vertrag in dieser Form nicht geschlossen, er hätte jedoch in keinem Fall einen seinen (unzutreffenden) Erwartungen entsprechenden Kaufgegenstand erhalten. Kausal ist somit vereinfacht gesprochen nicht die Unrichtigkeit der Erwartungen selbst, sondern lediglich die Enttäuschung darüber.

²⁹⁶ F. Bydlinski, JBl 1980, 393 ff.

²⁹⁷ Brugger, ecolex 2008, 805.

²⁹⁸ OGH 1 Ob 183/00v mit zahlreichen weiteren Judikaturverweisen, SZ 73/160 = immolex 2001/78 (zust Kovanyi).

²⁹⁹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 308.

³⁰⁰ Löber, AnwBl 1992, 527 f.

³⁰¹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 308.

Ein Anspruch auf das **Erfüllungsinteresse** ist ausnahmsweise denkbar, wenn der Kaufvertrag bei pflichtgemäßem Verhalten **zustande gekommen wäre**³⁰². In seinem solchen Fall hat der Veräußerer den Erwerber so zu stellen, als wäre der Vertrag zustande gekommen. Ein Beispiel wäre etwa, wenn der **Kaufvertrag aufschiebend bedingt** ist, zB durch eine behördliche Genehmigung, und der Veräußerer nicht rechtzeitig um die Genehmigung ansucht oder das Verfahren vor der Behörde sonst zum Scheitern bringt. Ist hingegen nur der dingliche Rechtsübergang (*Closing*) aufschiebend bedingt, wie es in der Praxis regelmäßig der Fall ist, ist der Kaufvertrag als Verpflichtungsgeschäft bereits mit dem *Signing* gültig zustande gekommen, und es kann schon daraus das Erfüllungsinteresse geltend gemacht werden³⁰³. Ein weiteres Beispiel wäre die Veräußerung über ein **Auktionsverfahren**, bei dem ein Bieter nicht zum Zug kommt, weil der Veräußerer die von ihm aufgestellten Verfahrensregeln verletzt³⁰⁴. Auch bei der Verletzung von **Vergabevorschriften** wäre der Vertrag bei pflichtgemäßem Verhalten zustande gekommen. In all diesen Fällen ist auch der **entgangene Gewinn** umfasst, gem § 349 UGB zwischen Unternehmern unabhängig vom Grad des Verschuldens³⁰⁵.

Weiters könnte das Erfüllungsinteresse gefordert werden, wenn geltend gemacht werden kann, dass der Erwerber das Unternehmen ohne das dem Veräußerer zur Last gelegte Verschulden beim Vertragsabschluss **zu einem niedrigeren Kaufpreis hätte erwerben können**³⁰⁶. In der Praxis dürfte dies jedoch nur selten der Fall sein.

In Fällen **versäumter Abschlussgelegenheiten** könnte das negative Interesse sogar über das Erfüllungsinteresse hinausgehen. Jedoch ist das negative Interesse mit dem hypothetischen Erfüllungsinteresse begrenzt³⁰⁷. Es ist nicht Aufgabe des Schadenersatzrechts, die Partei vor wirtschaftlich schlechten Entscheidungen zu schützen, indem sie günstiger gestellt wird als sie bei ordnungsgemäßem Zustandekommen und Erfüllung des intendierten Vertrages stünde.

Wesentlich ist, festzuhalten, dass die Haftung aus *culpa in contrahendo* nicht nur zur Anwendung gelangt, wenn Vertragsverhandlungen scheitern und der Vertrag letztlich nicht zustande kommt: **Auch wenn der Vertrag gültig zustande gekommen ist**, kann der Erwerber Schadenersatz wegen der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten geltend machen³⁰⁸. Er kann in einem solchen Fall über das Rechtsinstitut der *culpa in contrahendo* als Naturalrestitution auch die **Aufhebung des Vertrages** erreichen, wenn er geltend macht, dass

³⁰² Reischauer in Rummel, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 16, § 920 Rz 18a und 18b mwN; Welser in FS Wagner 391.

³⁰³ Diesbezüglich nicht differenzierend Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 28.

³⁰⁴ Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 28.

³⁰⁵ Siehe allgemein Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 308; ebenso Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 28, für die beiden genannten Fälle.

³⁰⁶ Für Deutschland s BGH I ZR 103/68 WM 1970, 819, 821.

³⁰⁷ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 308; Welser, ÖJZ 1973, 287.

³⁰⁸ Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 29; Reischauer in Rummel, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 14; OGH I Ob 23/04w, ecolex 2004/272.

der Vertrag bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht geschlossen worden wäre („**schadenersatzrechtliche Wandlung**“; s ausführlich Punkt 2.3.3)³⁰⁹.

Umgekehrt zieht die Verletzung von Aufklärungspflichten nicht nur schadenersatzrechtliche Konsequenzen infolge *culpa in contrahendo* nach sich. Vielmehr kann auch eine Anfechtung wegen **Irrtums** (§ 871 ABGB; s dazu Punkt 1.13) oder wegen **arglistiger Täuschung** (§ 870 ABGB; s dazu soeben und unter Punkt 1.15) in Betracht kommen.

Es kommt vor, dass in der Praxis im Interesse des Verkäufers ein **Haftungsausschluss** für irreführende, unvollständige und falsche Informationen vereinbart wird. Es gelten hierfür dieselben Grenzen wie für vertragliche Schadenersatzansprüche³¹⁰. Im Fall eines dem Verkäufer bekannten Mangels nimmt die Rsp jedoch häufig Arglist an, sodass ein Gewährleistungsausschluss – auch wenn er spezifisch auf diesen Mangel abstellt – unwirksam ist.

1.10.3 Zurechnung der vorvertraglichen Pflichtverletzung

Die Unterlassung einer Aufklärungspflicht durch einen **Stellvertreter** oder **Verhandlungsgehilfen** ist der Partei zuzurechnen, für die jener tätig wurde³¹¹. Als Verhandlungsgehilfen kommen insb Rechtsanwälte in Betracht. Stellvertreter und Verhandlungsgehilfen sind nicht als „Dritte“ iSd § 875 ABGB anzusehen. Eine sonstige Kontaktperson, die aus bloßer Gefälligkeit einschreitet und von der keine besondere Sorgfalt erwartet werden darf, ist nicht als Verhandlungsgehilfe anzusehen³¹². Der Geschäftsherr hat für das Verhalten des Gehilfen gegenüber dem Geschädigten nach § 1313a ABGB einzustehen³¹³.

1.10.4 Mitverschulden des Käufers im Rahmen des vorvertraglichen Schuldverhältnisses?

Verstößt der Verkäufer gegen seine **Aufklärungspflicht**, wird in **Deutschland** angenommen, dass für ein Mitverschulden des Erwerbers, der keine (oder nur eine mangelhafte) Due Diligence durchführt, grundsätzlich kein Raum bleibt³¹⁴ (zum Mitverschulden iZm der Durchführung einer Due Diligence im Speziellen s Punkt 1.11.3). Insb liegt kein Mitverschulden vor, wenn der Erwerber zunächst bestimmte Informationen (zB Jahresabschlüsse) verlangt, später jedoch nicht mehr darauf beharrt³¹⁵.

³⁰⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 20 mwN in FN 31; ausführlich *Pletzer*, JBl 2002, 561; zur Konkurrenz zur Irrtumsanfechtung s *Dorda/Ramsauer* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 58.

³¹⁰ *Koziol*, Haftpflichtrecht 557 f; s dazu unter Punkt 4.10.2.

³¹¹ OGH 5 Ob 524/79 SZ 52/22 (zur bewussten Verschweigung der Konkurseröffnung durch den Rechtsanwalt des Mieters, Masseverwalter als Verhandlungsgehilfe).

³¹² 5 Ob 524/79 SZ 52/22 unter Verweis auf *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht (1970) 112.

³¹³ 1 Ob 183/00v mwN, SZ 73/160 = immolex 2001/78 (zust *Kovanyi*) (Verkaufsvermittler).

³¹⁴ *Fleischer/Körber*, BB 2001, 847.

³¹⁵ BGH DB 1970, 42, 43.

Einer gegenteiligen Meinung³¹⁶ zufolge ist ein Mitverschulden möglich, wenn der Erwerber bei sorgfältiger Prüfung der verlangten Informationen Beobachtungen zu Ertragsfähigkeit und bilanziellen Verhältnissen machen hätte können. Im Ergebnis führt diese Auffassung wiederum zu einer **Prüfobliegenheit** des Erwerbers: Führt er keine sorgfältige Prüfung durch, müsste er damit rechnen, seiner Schadenersatzansprüche (zum Teil) verlustig zu werden. Da jedoch aus österreichischer Sicht eine solche allgemeine Prüfobliegenheit grundsätzlich abgelehnt wird, ist dieser Meinung mE nicht zu folgen.

Der österreichische **OGH** hat in zwei älteren Fällen³¹⁷ nicht die Frage eines Mitverschuldens releviert sondern bereits dem vorgelagert die Verletzung einer Aufklärungspflicht und damit die Rechtswidrigkeit verneint, wenn es der Erwerber unterlassen hat, die Vorlage von Geschäftsunterlagen zu verlangen. Da auch diese Rsp einer Obliegenheit zur Durchführung einer Due Diligence-Prüfung gleichkommt, kann ihr nicht gefolgt werden (s dazu sogleich unter Punkt 1.11.1).

Auch bei einem Verstoß gegen die **Wahrheitspflicht** ist dem Veräußerer die Berufung auf ein Mitverschulden des Erwerbers verwehrt³¹⁸: Der Käufer darf auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Auskünfte vertrauen. Ihn trifft keine Pflicht, deren Richtigkeit zu überprüfen.

*Koziol/Welser*³¹⁹ hingegen vertreten für das österreichische Recht und zur Haftung aus *culpa in contrahendo* im Allgemeinen die Auffassung, es komme bei Mitverschulden zu einer **Schadensteilung gem § 1304 ABGB**. Bloß im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 878 ABGB (Kenntnis oder Kennenmüssen der Unmöglichkeit) gelte Kulpakompensation. Diese Auffassung mag als allgemeines Prinzip des Schadenersatzrechts zutreffen, trägt jedoch den besonderen Umständen des Unternehmenskaufs, insb der fehlenden Untersuchungsobliegenheit, keine Rechnung und bleibt überdies eine nähere Begründung schuldig.

Aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit sollte die Frage des Mitverschuldens jedenfalls vertraglich geregelt werden.

1.11 Due Diligence und Schadenersatz

1.11.1 Rechtliche Auswirkungen einer unterlassenen Due Diligence

Wie bereits ausgeführt, verneint der **OGH** – zumindest in zwei älteren Entscheidungen³²⁰ – einen Schadenersatzanspruch **mangels Verletzung einer Aufklärungspflicht**, wenn es der Käufer unterlassen hat, die Vorlage von Unterlagen (insb Bilanzen) zu verlangen, aus denen

³¹⁶ *Westermann* in Münchner Kommentar § 460 BGB Rz 3.

³¹⁷ OGH 3 Ob 520/94, 559/95 SWK 1996, B 77 (Anm *Heidinger*) = *ecolex* 1996, 15 (Anm *Puck*); ebenso OGH 4 Ob 1657/95 *ecolex* 1996, 247 = SWK 1996, B 77 (Anm *Heidinger*) = RdW 1996, 60.

³¹⁸ *Fleischer/Körber*, BB 2001, 847 mit Verweis auf BGH NJW 1977; 1536, 1538.

³¹⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 20.

³²⁰ OGH 3 Ob 520/94, 559/95 SWK 1996, B 77 (Anm *Heidinger*) = *ecolex* 1996, 15 (Anm *Puck*); ebenso OGH 4 Ob 1657/95 *ecolex* 1996, 247 = SWK 1996, B 77 (Anm *Heidinger*) = RdW 1996, 60.

das Vorliegen von Verlusten oder eines negativen Ertragswerts ersichtlich gewesen wäre und die dem Käufer auf Verlangen zugänglich gemacht worden wären.

Diese Rsp kommt im Ergebnis einer **Obliegenheit** zur Durchführung einer Due Diligence-Prüfung bei sonstigem Verlust von Schadenersatzansprüchen gleich und ist daher abzulehnen. Da eine Aufklärungspflicht ohnehin nur bei Vorliegen besonderer Umstände anzunehmen ist (s dazu ausführlich oben Punkt 1.10.2), sollte bei Vorliegen derartiger Umstände dann aber konsequent von einer Aufklärungspflicht ausgegangen werden. Diese kann dann nicht wiederum davon abhängig gemacht werden, ob der Erwerber Erkundigungen angestellt oder Auskünfte verlangt hat. Denn eine Auskunftspflicht bedeutet ja gerade, dass die Auskunft von sich aus aktiv zu erteilen ist und nicht erst eingefordert werden muss. Eine Argumentation, die die Verletzung einer Aufklärungspflicht verneint, weil es der Erwerber unterlassen hat, Unterlagen zu verlangen, erscheint mir daher nicht nur wenig plausibel sondern auch logisch und systematisch verfehlt.

In einer Entscheidung hat der Gerichtshof allerdings in einem solchen Fall eine Anfechtung wegen **laesio enormis** bejaht. Siehe dazu Punkt 1.17. Da sich die Jud zu den Aufklärungspflichten, wie erwähnt, in den letzten Jahren zusehends verschärft hat, ist darüber hinaus fraglich, ob der Gerichtshof die zitierten Judikate in dieser Form aufrecht halten würde.

Angesichts der Rechtsunsicherheit und da Aufklärungspflichten des Verkäufers nur eingeschränkt bestehen, ist dem Käufer unbedingt anzuraten, im eigenen Interesse eine möglichst umfassende Prüfung des Unternehmens durchzuführen. Es ist hierbei möglichst vollständig zu dokumentieren, welche Informationen zur Verfügung gestellt wurden und die Vorlage welcher Unterlagen verweigert wurde.

1.11.2 Reduktion der Aufklärungspflichten bei Durchführung einer Due Diligence?

ZT wird in der Lit die Auffassung vertreten, die Durchführung einer Due Diligence führe zu einer **Reduktion der Aufklärungspflichten**, weil der Erwerber zum Ausdruck bringe, er könne und wolle die für ihn wichtigen Umstände selbst beurteilen. Der Veräußerer dürfe sich diesfalls eher darauf verlassen, dass der Käufer die für ihn relevanten Umstände erkennen und beurteilen könne bzw bei Bedarf Aufklärung verlange³²¹. Der Veräußerer sei grundsätzlich nicht verpflichtet, eine über die Due Diligence hinausgehende Aufklärung zu leisten, wenn nicht der Erwerber konkrete Auskunft verlange³²².

Eine ähnliche Auffassung vertrat 1988 auch der **OGH**: Er entschied, der Verkäufer habe seine Aufklärungspflichten erfüllt, wenn er dem Käufer **alle Geschäftsunterlagen** zur Verfügung stellt³²³. Eine weitergehende Offenbarungspflicht bestehe nicht. Darüber hinaus ist nach dieser Entscheidung die Geltendmachung eines Vertrauensschadens ausgeschlossen, wenn die Unrichtigkeit der zur Verfügung gestellten Unterlagen aus den sonstigen überlassenen Informationen leicht erkennbar war.

³²¹ Werner, ZIP 2000, 990 unter Verweis auf Loges, DB 1997, 965, 969.

³²² Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 78 f.

³²³ OGH 7 Ob 553/88 wbl 1988, 341.

In einer späteren Entscheidung³²⁴ führte der Gerichtshof aus, der Verkäufer verletze keine Aufklärungspflicht, wenn er dem Erwerber **Unterlagen und Bilanzen** der letzten Jahre zugänglich gemacht hat, aus denen ein **negativer Ertragswert ersichtlich** ist.

Im selben Jahr entschied der OGH³²⁵, der Erwerber könne nicht behaupten, über eine Eigenschaft arglistig in Irrtum geführt worden zu sein, wenn er es verabsäumt habe, vom Veräußerer die Vorlage jener Unterlagen zu verlangen, aus denen ein Mangel der gewünschten Eigenschaft erkennbar gewesen wäre (zu den Auswirkungen einer unterlassenen Due Diligence auf Schadenersatzansprüche s bereits Punkt 1.11.1). **Weiters bestehe keine Pflicht**, auf eine mangelnde Eigenschaft **aktiv hinzuweisen**, es sei denn dem Verkäufer sei im Hinblick auf die Kaufpreisgestaltung eine solche Eigenschaft als wesentlich erkennbar gewesen³²⁶.

Auch in der **Lit** wird die Aufklärungspflicht des Veräußerers insoweit beschränkt, als er den Erwerber nur über solche Umstände aufzuklären hat, welche **im Zuge der Prüfung nicht erkennbar** waren, jedoch für seine Kaufentscheidung für den Verkäufer erkennbar von Relevanz sind³²⁷. Nach dieser Meinung darf der Erwerber keine Aufklärung erwarten, wenn er die gewünschten Informationen bei einer *lege artis* durchgeführten Due Diligence erlangt hat oder erlangen hätte können³²⁸. War ihm nicht erkennbar, dass für den Erwerber ein besonderer Umstand wesentlich ist, und hat der Erwerber dahingehend auch nichts verlauten lassen, so kann dem Verkäufer **keine Pflicht zur aktiven Aufklärung** unterstellt werden, sondern es überwiegt die **Erkundungspflicht des Käufers**³²⁹. Nur wenn der Erwerber Aufklärung über Umstände, die aus der **Due Diligence nicht ersichtlich** waren aber für ihn wesentlich sind, müsse der Veräußerer ergänzend aufklären. Wenn der Veräußerer erkennt, dass der Erwerber einem Irrtum unterliegt und dieser Irrtum auf Fehlern der zur Verfügung gestellten Unterlagen beruht, liegt arglistige Täuschung vor, wenn dem Veräußerer die Fehler bekannt waren und er darüber schweigt³³⁰.

Der **OGH** nimmt eine Aufklärungspflicht des Verkäufers an, wenn der Käufer durch **Nachfrage** (im Rahmen einer Due Diligence) zum Ausdruck bringt, dass er auf einen bestimmten Punkt besonderen Wert legt und daher informiert werden will³³¹.

Führt der Käufer daher eine Due Diligence durch und werden ihm vom Verkäufer die Geschäftsunterlagen zur Verfügung gestellt, bestehen somit nach der Rsp **keine weiteren**

³²⁴ OGH 3 Ob 520/94, 3 Ob 559/95 ecolex 1996, 15 (*Puck*).

³²⁵ OGH 4 Ob 1657, 1658/95 ecolex 1996, 247 = SWK 1996, B 77 (*Heidinger*).

³²⁶ Zust *Dorda/Ramsauer* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 79.

³²⁷ *Dorda/Ramsauer* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 22, 26 und 78.

³²⁸ Ebenso *Heidinger*, SWK 1996, B 77 (80).

³²⁹ *Dorda/Ramsauer* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 79; ebenso *Heidinger*, SWK 1996, B 78.

³³⁰ *Dorda/Ramsauer* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 78.

³³¹ OGH 1 Ob 778/81 SZ 55/51 mit Verweis auf die dt Lehre.

Aufklärungspflichten des Verkäufers, es sei denn der Käufer fragt in bestimmten Punkten nach.

In **Deutschland** wird zT eine Reduktion der Aufklärungspflichten mit dem Argument abgelehnt, dass der Käufer durch die Due Diligence zum Ausdruck bringe, dass er gerade besonders an umfassender Aufklärung interessiert sei³³². Es könne auch nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der Käufer besonders geschäftsgewandt sei und aus diesem Grund die Aufklärungspflichten reduziert seien und er sich die relevanten Informationen einfach und kostengünstig selbst verschaffen könne. Vielmehr müsse sich der Käufer regelmäßig externer Experten bedienen. Diese würden dem Käufer im Falle einer nicht sorgfältig durchgeführten Due Diligence zwar haften, daraus könne jedoch im Rechtsverhältnis zwischen Käufer und Veräußerer keine Entlastung des letzteren abgeleitet werden.

Weiters wird darauf hingewiesen, dass die Reduzierung der Aufklärungspflichten im Widerspruch mit der bisherigen Rsp des BGH³³³ stünde: Wenn nach dieser Rsp eine Aufklärungspflicht des Veräußerers selbst dann besteht, wenn der Käufer zunächst Informationen verlangt, später jedoch verabsäumt, auf der Informationserteilung zu beharren, so müsse die Aufklärungspflicht erst recht unvermindert bestehen, wenn der Käufer von vornherein die betreffenden Informationen gar nicht verlangt³³⁴.

Wie soeben ausgeführt, legt der österreichische OGH sowie die dem Gerichtshof folgende Lehre hier offenbar zulasten des Käufers einen strengeren Maßstab an³³⁵. Dies erscheint mE nur insoweit gerechtfertigt, als die betreffenden Risiken aus den zur Verfügung gestellten Unterlagen ersichtlich sind, somit spezifisch offengelegt wurden. Die entspricht einer Parallelwertung zur Frage der Augenfälligkeit im Gewährleistungsrecht (s Punkt 1.9.3). Denn nur wenn eine **spezifische Offenlegung** erfolgte, kann davon ausgegangen werden, dass die Umstände, die die Aufklärungspflicht ursprünglich begründeten, insb das **Informationsungleichgewicht**, nicht mehr vorliegen und eine Aufklärungspflicht somit nicht mehr besteht. Wie oben ausgeführt, kommt es im Rahmen einer **Gesamtbetrachtung** darauf an, wie gravierend die Mängel sind, wie konkret der Wissensstand des Verkäufers ist und wie groß – im Vergleich dazu – die Sachkunde des Erwerbers ist. Ist nach diesen Kriterien eine Aufklärungspflicht einmal zu bejahen, hat der Verkäufer von sich aus aufzuklären, und es kann dann nicht darauf ankommen, ob der Erwerber Aufklärung verlangt hat oder nicht. Werden dem Erwerber Unterlagen vorgelegt, so kann dadurch eine Aufklärungspflicht nur insoweit entfallen bzw eingeschränkt werden, als die **Offenlegung geeignet ist, jene Kriterien, die die Aufklärungspflicht ursprünglich begründet haben, bei einer Gesamtbetrachtung zu beseitigen**. Dies bedeutet bei gravierenden Mängeln, konkreten Verdachtsgründen des Verkäufers und geringem Wissensstand des Erwerbers, dass die

³³² *Fleischer/Körber*, BB 2001, 848.

³³³ BGH DB 1970, 42, 43.

³³⁴ *Fleischer/Körber*, BB 2001, 848.

³³⁵ Vgl OGH 4 Ob 1657, 1658/95 ecollex 1996, 247 = SWK 1996, B 77 (Anm *Heidinger*) = RdW 1996, 60 für Verluste in der Vergangenheit; ebenso OGH 7 Ob 553/88 wbl 1988, 341 und OGH 3 Ob 520/94, 559/95 SWK 1996, B 77 (Anm *Heidinger*) = ecollex 1996, 15 (Anm *Puck*) für das Fehlen eines positiven Ertragswertes.

Offenlegung ausreichend spezifisch sein muss, um das Informationsungleichgewicht auszugleichen. Ist das Informationsungleichgewicht beseitigt, besteht keine Aufklärungspflicht mehr.

Als unzutreffend muss jene Auffassung angesehen werden, die dem Erwerber im Ergebnis oder sogar explizit (!)³³⁶ eine **Erkundungspflicht** auferlegt, da eine Untersuchungsobliegenheit des Erwerbers nach hL und stRsp kategorisch abgelehnt wird. Siehe dazu bereits ausführlich Punkt 1.7.2b) sowie zur damit im Zusammenhang stehenden Problematik der Due Diligence die Punkte 1.9.2 und 1.9.3c).

Richtigerweise kann nicht generell davon ausgegangen werden, dass die Durchführung einer Due Diligence Aufklärungspflichten des Veräußerers in jedem Fall einschränkt oder beseitigt.

1.11.3 Mitverschulden des Käufers bei sorgfaltswidrig durchgeführter Due Diligence

Mit dem überzeugenden Argument, der Erwerber, der eine Due Diligence Prüfung freiwillig durchführt, dabei jedoch unsorgfältig vorgeht, dürfe nicht schlechter gestellt werden als ein Erwerber, der jegliche Prüfung des Kaufgegenstandes von vornherein unterlässt, wird in der **dt Lit** ein **Mitverschulden** bei sorgfaltswidrig durchgeführter Due Diligence **abgelehnt**³³⁷. Schließlich hat sich jener Käufer, der eine Due Diligence vornimmt, mehr um vorvertragliche Aufklärung bemüht. Ihm sollte nach Meinung von *Fleischer/Körber* nur dann ein Mitverschulden angelastet werden, wenn seine Fehlvorstellungen aus seinem eigenen Sachbereich herrühren und der Verkäufer diesen für ihn nicht ohne weiteres erkennbaren Irrtum nicht aufklärt.

Diese Auffassung erscheint sachgerecht. Angesichts der oben vertretenen Meinung zum Entfall bzw der Einschränkung der Aufklärungspflicht im Zuge einer Due Diligence wird es regelmäßig so sein, dass entweder der Mangel ausreichend spezifisch offengelegt wurde, nämlich so dass der Mangel leicht erkennbar wurde, und dann keine Aufklärungspflicht mehr besteht. Dann entfällt der Schadenersatzanspruch bereits mangels Rechtswidrigkeit. Oder das Informationsungleichgewicht wurde durch die offengelegten Informationen nicht beseitigt, dann besteht die Aufklärungspflicht weiterhin. Für ein Mitverschulden bleibt dann kein Raum, da die Aufklärungspflicht grundsätzlich aktiv wahrzunehmen ist und es nicht darauf ankommen kann, ob der Erwerber bei besonderer Sorgfalt die Information irgendwie auf andere Weise beschaffen hätte können.

Nicht zur Aufklärungspflicht sondern im Zusammenhang mit der **Wahrheitspflicht** hat der **OGH** in einer älteren Entscheidung³³⁸ die strenge Auffassung vertreten, dass ein **Schadenersatzanspruch** bei falschen Angaben, deren Unrichtigkeit der Erwerber im Zuge der **durchgeführten Due Diligence leicht erkennen** hätte können, überhaupt **ausgeschlossen** ist. Dies entspricht dogmatisch einem Fall der **Kulpakompensation** bei grober Sorgfaltswidrigkeit. Die strenge Sanktion, dass der Schadenersatzanspruch in einem solchen Fall gänzlich entfallen soll, ist mE nicht gerechtfertigt. Zum einen besteht dafür keine

³³⁶ So *Dorda/Ramsauer* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 79 mit Verweis auf *Heidinger*, SWK 1996, B 78.

³³⁷ *Fleischer/Körber*, BB 2001, 848.

³³⁸ OGH 7 Ob 553/88 wbl 1988, 341.

besondere rechtliche Grundlage, zum anderen ist dies angesichts der Tatsache, dass der Veräußerer aktiv unrichtige Angaben gemacht hat, nicht sachgerecht. Zwar ist es im Gewährleistungsrecht so, dass die Augenfälligkeit von Mängeln (gleichzusetzen mit der leichten Erkennbarkeit) zum Entfall der Gewährleistungsansprüche führt. Doch auch im Gewährleistungsrecht bleiben die Ansprüche bestehen, wenn der Veräußerer gegenteilige Zusagen gemacht hat. Eine Parallelwertung bei Verletzungen der Wahrheitspflicht im Schadenersatzrecht wäre daher nur eine scheinbare und dürfte richtiger Weise nicht zum Entfall des Schadenersatzanspruchs führen, wenn der Veräußerer aktiv unrichtige Angaben gemacht hat und dies dem Erwerber – wenn auch grob sorgfaltswidrig – nicht aufgefallen ist. Allenfalls über eine Schadensteilung wegen Mitverschuldens könnte diskutiert werden. Doch auch einer solchen steht entgegen, dass den Erwerber ganz grundsätzlich keine Obliegenheit zur Durchführung einer Due Diligence-Prüfung trifft, sodass auch in Fällen von Verletzungen der Wahrheitspflicht für einen Mitverschuldenseinwand kein Raum besteht.

Aufgrund der bestehenden Unsicherheit sollte die Frage, ob überhaupt und wie sich ein Mitverschulden im Zuge der Due Diligence-Prüfung auf Schadenersatzansprüche auswirken soll, unbedingt vertraglich geregelt werden. Siehe dazu Punkt 4.6.6.

1.12 Vorvertragliches Schuldverhältnis - Fazit

Im vorvertraglichen Verhandlungsstadium bestehen zahlreiche Risiken und Unsicherheiten. Dies betrifft insb zum einen die Reichweite der bestehenden Aufklärungs-, Schutz und Sorgfaltspflichten. Zum anderen legitime Geheimhaltungsinteressen des Veräußerers.

Da für den Unternehmenskauf die gesetzlichen Regelungen diesbezüglich nicht ausreichend sind, empfiehlt es sich, auch die vorvertraglichen Pflichten der Parteien in einer Vereinbarung zu spezifizieren und festzuhalten (*letter of intent*)³³⁹. Die Geheimhaltung sowie eine allfällige Exklusivität in den Verhandlungen sollte darin verbindlich geregelt werden. Unverbindlich hingegen die vorläufigen festgehaltenen Verhandlungsergebnisse sowie die Festlegung des Zeitplans für die Transaktion.

Darüber hinaus ist es aus praktischer Sicht empfehlenswert, den Informationsfluss genau zu dokumentieren, um für den Streitfall eine erfolgte Aufklärung oder – aus Sicht des Erwerbers – ein Ersuchen und Urkundenvorlage bzw Information nachweisen zu können.

1.13 Gewährleistung und Irrtumsanfechtung

1.13.1 Echte Konkurrenz

Nach völlig hA besteht auch hinsichtlich der Irrtumsanfechtung **uneingeschränkte Konkurrenz zu Gewährleistungsansprüchen**, wenn die Sache bereits **bei Vertragsabschluss mangelhaft** ist³⁴⁰. Die Ansprüche bestehen nebeneinander, da sie auf verschiedenen Grundlagen beruhen: die Irrtumsanfechtung auf der Berücksichtigung eines **Willensmangels** in der rechtsgeschäftlichen Erklärung, die Gewährleistung hingegen auf dem

³³⁹ Siehe ausführlich zum *letter of intent* Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 63 ff.

³⁴⁰ Puck, Der Unternehmenskauf 146.

Gedanken einer Störung der Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung³⁴¹. Zu bedenken ist allerdings, dass die Irrtumsanfechtung nicht nur dem Erwerber sondern auch dem Veräußerer offen steht.

Die Irrtumsanfechtung steht ebenfalls in **Konkurrenz zur Haftung aus culpa in contrahendo**: Da auch über *culpa in contrahendo* im Wege der Naturalrestitution die Vertragsaufhebung bewirkt werden kann („schadenersatzrechtliche Wandlung“; s dazu Punkt 1.10.2c)), führen beide Rechtsinstitute wirtschaftlich zu demselben Ergebnis³⁴². Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Rechtsbehelfen liegt im schadenersatzrechtlichen Erfordernis eines Verschuldens. Nach *Pletzer*³⁴³ wird allerdings die Verletzung einer Aufklärungspflicht als Abweichung von der verkehrüblichen Sorgfalt meist ein Verschulden indizieren. Vorteil der schadenersatzrechtlichen Haftung ist jedenfalls der Beginn der Verjährung erst mit Kenntnis vom Schaden.

Irrtum ist eine **unzutreffende Vorstellung von der Wirklichkeit**. Voraussetzung für die Anfechtung ist, dass der Vertrag zunächst gültig zustande gekommen ist. Ist das Rechtsgeschäft (zB wegen Dissens) ungültig, kommt eine Anfechtung nicht in Betracht. Der Irrtum muss weiters **kausal** für den Abschluss des konkreten Geschäfts gewesen sein.

Nicht jeder Irrtum berechtigt zur Vertragsanfechtung. Beachtlich ist grundsätzlich nur der **Geschäftsirrtum** (näheres s sogleich unter Punkt 1.13.2). Nach dem **Vertrauensgrundsatz** kommt es weiters darauf an, ob das Interesse des Irrenden an der Vertragsauflösung schutzwürdiger ist als das Vertrauen des Vertragspartners auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts³⁴⁴. Diese Interessenabwägung trifft § 871 ABGB. Danach ist das Vertrauen des Vertragspartners auf die Gültigkeit des Vertrages dann nicht schutzwürdig, wenn er den Irrtum **veranlasst** hat, ihm dieser **erkennbar** war oder der Irrtum **rechtzeitig aufgeklärt** wurde, bevor er Dispositionen getroffen hat³⁴⁵.

Für die Anfechtung des Vertrages wegen eines vom Vertragspartner veranlassten Irrtums genügt jedes für das Entstehen des Irrtums ursächliche Verhalten, **ohne** dass **Vorsatz** oder auch nur **Fahrlässigkeit** vorliegen müssten³⁴⁶. Bei Verschulden besteht freilich über den Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrags hinaus ein Anspruch auf Ersatz des **Vertrauensschadens**³⁴⁷ (s dazu bereits Punkt 1.10.2).

Der Irrtum kann auch durch die Unterlassung einer nach der Verkehrsanschauung erforderlichen Aufklärung veranlasst werden. Verletzt der Verkäufer eine **vorvertragliche**

³⁴¹ OGH 1 Ob 778/81 SZ 55/51; grundlegend OGH SZ 48/56; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 85 f; *Puck*, Der Unternehmenskauf 146 f.

³⁴² *Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 58; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 35 f; ausführlich *Pletzer*, JBl 2002, 561.

³⁴³ *Pletzer*, JBl 2002, 558.

³⁴⁴ *Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 31.

³⁴⁵ *ZB Apathy/Riedler in Schwimann*, ABGB³ § 871 Rz 1 und 6; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 156.

³⁴⁶ OGH 5 Ob 243/75 SZ 49/13 mwN auf Lit und Jud.

³⁴⁷ OGH 1 Ob 183/00v SZ 73/160 = immolex 2001/78.

Aufklärungspflicht (s dazu Punkt 1.10.2b)), so ist der mit seinem **Schweigen** verbundene Irrtum des Erwerbers als ein vom Aufklärungspflichtigen veranlasster Geschäftsirrtum anzusehen, der zur Anfechtung berechtigt³⁴⁸.

Auf das Recht zur Irrtumsanfechtung kann **vertraglich verzichtet** werden³⁴⁹. Wurden umgekehrt nur Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen, steht dem Erwerber die Irrtumsanfechtung grundsätzlich weiter offen³⁵⁰.

Der gesetzlich vorgesehene **Vorrang der Verbesserung** kann über das Irrtumsrecht nicht unterlaufen werden, weil der Veräußerer das Recht hat, den Irrenden so zu stellen, wie er stünde, wenn seine irrige Vorstellung zutreffend gewesen wäre. Im Ergebnis entspricht dies einem Verbesserungsrecht des Veräußerers³⁵¹.

1.13.2 Geschäftsirrtum

Beachtlich ist grundsätzlich der **Geschäftsirrtum**. Dieser bezieht sich stets auf Punkte, die Inhalt des Rechtsgeschäfts³⁵² sind und umfasst insb den **Erklärungsirrtum**³⁵³ (zB Versprechen, Verschreiben³⁵⁴, mangelndes Erklärungsbewusstsein) sowie den **Eigenschaftsirrtum**³⁵⁵. Der Unterschied zwischen Erklärungsirrtum und *falsa demonstratio* liegt darin, dass bei letzterer als bloßer Fehlbezeichnung beide Parteien das Gleiche wollen³⁵⁶. Der Eigenschaftsirrtum betrifft Umstände, die von den Parteien zum Inhalt des Geschäfts gemacht wurden. Ob dies der Fall ist, ist im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln³⁵⁷. Beim Unternehmenskauf spielt in der Praxis der Eigenschaftsirrtum gegenüber dem Erklärungsirrtum eine viel wichtigere Rolle³⁵⁸.

³⁴⁸ OGH 7 Ob 246/74 SZ 47/148 mwN; OGH 1 Ob 183/00v SZ 73/160 = immolex 2001/78 (zust *Kovanyi*) mwN.

³⁴⁹ *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB³ IV § 871 Rz 34.

³⁵⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 86 mwN in FN 129.

³⁵¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 86; *B. Jud*, Schadenersatz bei mangelhafter Leistung 76 ff.

³⁵² Nur ein Irrtum über den Vertragsinhalt ist Geschäftsirrtum: zB jüngst OGH 4 Ob 65/10b unter Verweis auf die Parallele zum Gewährleistungsrecht (konkreter Fehlerbegriff); ebenso *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 871 Rz 10.

³⁵³ Näheres zum Erklärungsirrtum s *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht I¹³, 149; *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ § 871 Rz 5.

³⁵⁴ ZB in der Vertragsurkunde oder iZm zahlreichen Anlagen; s dazu *Dorda/Ramsauer* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 34.

³⁵⁵ Darüber hinaus noch der Irrtum über die Natur des Rechtsgeschäfts sowie über die Person des Vertragspartners; s *Kletečka* in *Koziol/Welser*, ABGB I¹³, 149 ff.

³⁵⁶ *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB³ § 871 Rz 4 mwN.

³⁵⁷ *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 871 Rz 9.

³⁵⁸ *Puck*, Der Unternehmenskauf 147.

Von der **Jud** wurde ein Geschäftsirrtum angenommen, wenn der Veräußerer/Verpächter Angaben zu künftigen Erträgen auf Basis vergangener Ertragswerte gemacht hat³⁵⁹ oder Angaben zu den vergangenen sowie den zu erwartenden Umsatzzahlen und Kundenstock zur Kaufpreisberechnung herangezogen wurden, selbst wenn den Parteien bewusst war, dass die Zahlen nicht mit Sicherheit zu erzielen sein werden³⁶⁰. Bei Prognosen hingegen, die auf einer bloßen Schätzung basieren und nicht auf Erfahrungswerten, liegt ein unbeachtlicher Motivirrtum vor³⁶¹. Ein Geschäftsirrtum wurde von der Rsp auch bezüglich der Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zum übernommenen Betrieb³⁶², des Fehlens von Lizenzen³⁶³, Abweichungen des Warenlagers³⁶⁴ sowie des Fehlens einer Betriebsgenehmigung³⁶⁵ angenommen.

Insb kann der Verkäufer einen Geschäftsirrtum des Erwerbers dadurch **veranlassen**, dass er ihn betreffende **Aufklärungspflichten verletzt**. Nach § 871 Abs 2 ABGB gilt ein Irrtum über einen Umstand, über den der andere nach geltenden Rechtsvorschriften aufzuklären gehabt hätte, immer als Geschäftsirrtum. Unter diese Bestimmung fallen zwar nach dem Wortlaut nur in einer bestimmten Vorschrift ausdrücklich genannte Aufklärungspflichten, aber die aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen hergeleiteten und im Zusammenhang mit §§ 879 ff ABGB anerkannten vorvertraglichen Aufklärungspflichten blieben durch die Neueinführung des § 871 Abs 2 ABGB unberührt³⁶⁶.

Das Risiko eines Irrtums über den Beweggrund für das Rechtsgeschäft trägt grundsätzlich der Irrende, da es seiner Sphäre zuzuordnen ist und nicht jener seines Vertragspartners. **Motivirrtümer** als Irrtümer über Umstände, die außerhalb des Geschäftsinhaltes liegen, sind daher nur in Ausnahmefällen beachtlich: insb bei **listiger** Verursachung und wenn das **Motiv zur Bedingung bzw zum Inhalt des Vertrages** gemacht wurde³⁶⁷. Arglistige Täuschung hat

³⁵⁹ OGH 5 Ob 768/80 SZ 54/88 = MietSlg 33.110 (unrichtige Angaben über die Ertragsfähigkeit des Pachtgegenstandes; Gewährleistung, Irrtum).

³⁶⁰ OGH 1 Ob 157/02y, RdW 2003/201.

³⁶¹ Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 38 mit Verweisen auf die Jud.

³⁶² OGH 4 Ob 193/82 JBl 1986, 131.

³⁶³ OGH 2 Ob 107/98v, RdW 1998, 664.

³⁶⁴ OGH 1 Ob 116/55 SZ 28/69.

³⁶⁵ OGH 3 Ob 510/84 MietSlg 36.077.

³⁶⁶ OGH 1 Ob 778/81 SZ 55/51 unter Verweis auf EB 744 BlgNR, XIV. GP 45; OGH 6 Ob 508/86 SZ 61/26 = wbl 1988, 129 (Wilhelm) = RdW 1988, 130; OGH 1 Ob 183/00v mit Verweis auf die zwischenzeitige Jud, SZ 73/160 = immolex 2001/78 (zust Kovanyi) (Gebäuderisse in einer Eigentumswohnung); Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³, 152; aA JA, 1223 BlgNR 14.GP.

³⁶⁷ § 901 ABGB; s dazu Koziol/Welser, ABGB I¹³, 151, 154 f; Spitzer/Perner, Bürgerliches Recht², 90; Stefula/Thunhart, NZ 2002/77; OGH 7 Ob 246/74 SZ 47/148 (die enttäuschte Erwartung, im Nachbarhaus eine Bäderanlage vorzufinden, wurde als bloßer Motivirrtum qualifiziert, da die vermutete Eigenschaft nicht erkennbar zum Vertragsinhalt gemacht wurde).

der OGH³⁶⁸ zB angenommen, wenn der Veräußerer beim Erwerber die Erwartung weckt, er werde mit dem Erwerb der Zielgesellschaft eine marktbeherrschende Position erlangen. Näheres zur Anfechtung wegen Arglist s sogleich unter Punkt 1.15.

Die **Abgrenzung** des Motivirrtums vom **Wegfall der Geschäftsgrundlage** besteht darin, dass es sich beim Motivirrtum um eine individuelle Voraussetzung eines Vertragspartners handelt, während bei der Geschäftsgrundlage beide Vertragsparteien von bestimmten geschäftstypischen Voraussetzungen ausgehen. Wird das Motiv zur **Bedingung** gemacht, gelten die Rechtsfolgen der §§ 879 ff ABGB³⁶⁹. Je nach Formulierung kann eine aufschiebende oder auflösende Bedingung vorgesehen werden. Um ein **Motiv zum Vertragsinhalt** zu machen, genügt es nicht, es dem Vertragspartner zur Kenntnis zu bringen³⁷⁰. Vielmehr muss das Motiv in Form einer hinreichend deutlichen Willenserklärung als Geschäftsinhalt anerkannt werden³⁷¹.

Der **OGH** hat bspw einen **unbeachtlichen** Motivirrtum angenommen, wenn über die wirtschaftliche Entwicklung eines Einkaufszentrums geirrt wird³⁷² oder wenn Ertragsprognosen, die auf keinen Erfahrungswerten basieren, nicht eintreten³⁷³.

Fraglich erscheint, ob es hierfür ausreicht, wenn Motive, so wie in der Praxis üblich, in die **Präambel** eines Vertrages aufgenommen werden. Zu dieser Frage besteht, soweit ersichtlich, derzeit keine Rsp oder Lit. Für die Auffassung, die Präambel gehöre zum Vertragsinhalt, spricht einerseits, dass grundsätzlich das gesamte Dokument nach dem Verständnis der Parteien den Vertrag darstellt. Zum anderen folgt auf die Präambel meist der Wortlaut: „Daher vereinbaren die Parteien: ...“. Damit beziehen beide Parteien auch die Präambel mit in den Vertrag ein und akzeptieren die vorher beschriebenen Punkte und Motive und machen sie damit zum Vertragsinhalt. Dies geht über eine bloße Offenlegung hinaus. Selbst wenn ein Motiv durch die Parteien zum Vertragsinhalt gemacht wurde, ist aber zu beachten, dass dies noch nicht automatisch heißt, dass deshalb bei Nichteintritt des Motivs jedenfalls auch eine Irrtumsanfechtung des Vertrags möglich ist. Denn für eine Irrtumsanfechtung müssen noch weitere Voraussetzungen (wie etwa die Veranlassung durch den Gegner des Irrenden etc) vorliegen.

Auch ein bei der Kalkulation unterlaufender Irrtum ist grundsätzlich ein Motivirrtum. Der **Kalkulationsirrtum** ist nur dann als Geschäftsirrtum beachtlich, wenn die Kalkulationsgrundlagen zum Vertragsinhalt erhoben werden. Dies setzt voraus, dass sie dem Gegner offengelegt werden und Einvernehmen darüber besteht, dass das Geschäft auf dieser

³⁶⁸ OGH 7 Ob 630/89 JBl 1990, 175; *Stefula/Thunhart*, NZ 2002/77.

³⁶⁹ *Dorda/Ramsauer* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 45.

³⁷⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 155; *Stefula/Thunhart*, NZ 2002/77; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB³ § 901 Rz 2.

³⁷¹ *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ § 901 Rz 1 f; *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 901 Rz 2.

³⁷² OGH 3 Ob 609/85 SZ 59/17.

³⁷³ OGH 7 Ob 267/02v, GesRZ 2003, 285; dazu *Dorda/Ramsauer* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 44.

Basis erfolgen soll³⁷⁴. Hier zeigt sich die besondere Wichtigkeit der Dokumentation, welche Unterlagen bzw Berechnungen von beiden Parteien der Kaufpreisvereinbarung zugrunde gelegt wurden. In Frage kommen hier insb Jahresabschlüsse oder ein Bewertungsgutachten, die vom Veräußerer vorgelegt werden und von denen anschließend beide Parteien ausgehen und ihre Bewertung vornehmen³⁷⁵.

Auch der **Wertirrtum** ist ein Motivirrtum. Die Bewertung von Leistung und Gegenleistung fällt in die Risikosphäre jeder Vertragspartei. Demgegenüber ist jedoch der Irrtum über eine **wertbildende Eigenschaft** ein Eigenschaftsirrtum und damit als Geschäftsirrtum beachtlich³⁷⁶.

Ebenso ist der **Irrtum über die Rechtsfolgen** (zB der Schlechterfüllung) ein Motivirrtum. Anderes kann aber auch hier gelten, wenn eine bestimmte Rechtsfolge nach dem Willen beider Parteien zum Vertragsinhalt wurde³⁷⁷.

Weiters berechtigen **Irrtümer über Zukünftiges** als Motivirrtümer grundsätzlich nicht zur Anfechtung, es sei denn, es liegt ein Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vor.

Hinsichtlich der Frage, welche Eigenschaften bzw Umstände die Parteien zum Gegenstand des Geschäfts gemacht haben, können in der Praxis erhebliche **Beweisprobleme** auftreten³⁷⁸. Eine klare vertragliche Regelung erweist sich diesbezüglich als großer Vorteil.

1.13.3 Anfechtungsvoraussetzungen

Selbst bei Vorliegen eines an sich beachtlichen Geschäftsirrtums ist die Anfechtung nur zulässig, wenn der Irrtum entweder durch den Vertragspartner **veranlasst** wurde, dh dass dieser den Irrtum **adäquat** durch aktives Tun oder Unterlassen einer Aufklärung **verursacht** hat³⁷⁹. Verschulden ist hingegen nicht erforderlich³⁸⁰. Vielmehr ist entscheidend, ob der Verkäufer so viel zur Entstehung des Irrtums beigetragen hat, dass sein Vertrauen auf die Erklärungen des Käufers nicht schutzwürdig ist³⁸¹. Diese Voraussetzung ist im gegebenen Zusammenhang regelmäßig zu bejahen, wenn dem Käufer zT unrichtige Geschäftsunterlagen zur Verfügung gestellt wurden.

³⁷⁴ *Spitzer/Perner*, Bürgerliches Recht², 84.

³⁷⁵ *Dorda/Ramsauer* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 46; *Puck*, Der Unternehmenskauf 150; *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 871 Rz 11 f.

³⁷⁶ ZB jüngst OGH 4 Ob 65/10b: Irrtum über die Kursentwicklung eines Wertpapiers (Motivirrtum), Irrtum über die Risikogeneigtheit (Geschäftsirrtum).

³⁷⁷ *Spitzer/Perner*, Bürgerliches Recht², 85.

³⁷⁸ *I. Welser/Sieglwart* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 96.

³⁷⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 156 f; *Puck*, Der Unternehmenskauf 152 f.

³⁸⁰ *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ § 871 Rz 14.

³⁸¹ *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 871 Rz 15.

In diesem Punkt liegt ein wesentlicher Vorteil gegenüber dem verschuldensabhängigen Schadenersatzanspruch³⁸²: Da es bei der Irrtumsanfechtung auf ein **Verschulden** des Verkäufers **nicht ankommt**, kann ein Irrtum des Käufers durch den Verkäufer auch dann veranlasst werden, wenn der Verkäufer selbst von dem Mangel **keine Kenntnis** hat^{383,384}. Es genügt die unrichtige Beschreibung des Zustandes des Kaufobjekts. Umgekehrt besteht bei Verschulden über den Rückabwicklungsanspruch hinaus ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens³⁸⁵.

In einer jüngeren Entscheidung hat der OGH³⁸⁶ eine adäquate Irrtumsveranlassung durch aktives Tun darin erblickt, dass der Vertragspartner in einem *letter of intent* unrealistische Umsatzzahlen angegeben hatte.

Weiters ist eine Anfechtung möglich, wenn dem Vertragspartner der Irrtum **offenbar auffallen musste**, dh wenn dieser ihn **fahrlässig nicht erkannt** hat³⁸⁷. Dies wäre etwa der Fall, wenn der Veräußerer im Zuge der Vertragsverhandlungen erkennen kann, dass der Käufer über gewisse Eigenschaften des Unternehmens eine unrichtige Vorstellung hat. Das Gleiche gilt, wenn der Irrtum sogar tatsächlich durchschaut wurde. Beim Unternehmenskauf wird häufig davon ausgegangen werden können, dass der Veräußerer vom Unternehmen ein besseres Bild hat als der Erwerber, da der Veräußerer infolge seines Naheverhältnisses grundsätzlich die Eigenschaften des Unternehmens kennen müsste³⁸⁸.

Ob dem **Irrenden selbst** sein Irrtum **hätte auffallen müssen**, ist für die Irrtumsanfechtung nach der Jud grundsätzlich unbeachtlich³⁸⁹. Gewisse Umstände, die ein Verschulden des Irrenden begründen, können hingegen die Annahme ausschließen, dass der Irrtum durch den anderen veranlasst wurde³⁹⁰. Demgegenüber hält *Rummel*³⁹¹ für entscheidend, ob der andere

³⁸² Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 51.

³⁸³ OGH 2 Ob 642/90 ecolx 1991, 318 (*Wilhelm*); OGH 5 Ob 128/73 SZ 46/84 (Unterlassen der Aufklärung über die fehlende Verkehrstüchtigkeit als „Veranlassen“ des Irrtums); aA jedoch OGH 7 Ob 562/94 ÖZW 1996, 85 (krit *Hüttler*): die Verkäuferin habe nichts von der Kontaminierung gewusst, daher scheide eine Irreführung der Käuferin aus; diese Schlussfolgerung ist nicht nachvollziehbar.

³⁸⁴ Zum gemeinsamen Irrtum, hinsichtlich dessen die Möglichkeit der Anfechtung umstritten ist, s jedoch sogleich.

³⁸⁵ OGH 1 Ob 183/00v SZ 73/160 = immolex 2001/78: Irrtumsveranlassung infolge fahrlässiger Verkennung des Umfangs der gebotenen Aufklärung hinsichtlich Gebäuderissen.

³⁸⁶ OGH 1 Ob 157/02y, RdW 2003/201.

³⁸⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 157; *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 871 Rz 16 mwN.

³⁸⁸ Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 53; *Puck*, Der Unternehmenskauf 155; *Wahl* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch M&A 497 f.

³⁸⁹ ZB jüngst OGH 4 Ob 65/10b (Irrtum über die Risikogeneigtheit einer Wertpapieranlage).

³⁹⁰ Ganz offensichtlich unrichtige Angaben, deren Überprüfung dem anderen Teil offen stand und leicht möglich war, ist nicht als eine zur Täuschung geeignete Irreführungshandlung anzusehen: OGH 4 Ob 65/10b mit Verweis auf OGH 7 Ob 553/88 und OGH 9 Ob 41/04a.

so viel zur Entstehung des Irrtums beigetragen hat, dass sein Vertrauen auf die Erklärung nicht schutzwürdig ist.

Drittens kann ein Vertrag wegen Irrtums angefochten werden, wenn der Vertragspartner noch keine vermögenswerte Disposition im Vertrauen auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts getroffen hat (**res integra**)³⁹². Diese Voraussetzung wird beim Unternehmenskauf selten vorliegen, da der Irrtum häufig erst nach dem *Closing* entdeckt wird³⁹³.

Die Veranlassung des Irrtums durch Erklärung eines **Gehilfen** ist dem Geschäftsherrn zuzurechnen, wenn die Erklärung des Gehilfen erkennbar zu seinem **Aufgabenbereich** beim Zustandekommen des Vertrages gehörte³⁹⁴. Für die sorglose Verkennung der Fehlvorstellung des Vertragspartners hat der Geschäftsherr nur dann einzustehen, wenn die Tätigkeit des Gehilfen typischerweise hierzu die Möglichkeit gewährt³⁹⁵. Beim Unternehmenskauf ist dies regelmäßig bei Wirtschaftsprüfern, Anwälten oder Sachverständigen der Fall³⁹⁶.

Fraglich ist, ob der Käufer auch unter Berufung auf einen **gemeinsamen Irrtum** die Rückabwicklung des Vertrages erreichen kann. Gerade bei einem komplexen Kaufgegenstand wie einem Unternehmen kann es leicht vorkommen, dass der Verkäufer selbst nicht alle Eigenschaften kennt und daher selbst einem Irrtum unterliegt. Nach der **Rsp**³⁹⁷ und einem Teil der Lehre³⁹⁸ soll **Anfechtung** oder Anpassung des Vertrages durch den Irrenden auch **möglich** sein, wenn beide Vertragspartner demselben Irrtum erlegen sind, und zwar auch ohne Vorliegen der Anfechtungsvoraussetzungen des § 871 ABGB. Da bei gemeinsamem Erklärungsirrtum die Regel der *falsa demonstratio non nocet* eingreift, stellt sich dieses Problem nur beim gemeinsamen Geschäftsirrtum. Nach der gegenteiligen herrschenden Auffassung in der Lehre³⁹⁹ berechtigt ein gemeinsamer Irrtum **nicht zur Anfechtung** und

³⁹¹ Rummel in Rummel, ABGB³ § 871 Rz 15; noch weiter gehend Thunhart, ÖJZ 2000, 449, sowie Krejci, ÖJZ 2010/10; aA Vonkilch, ÖJZ 2010, 579.

³⁹² Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³, 157; Rummel in Rummel, ABGB³ § 871 Rz 17 mwN.

³⁹³ Puck, Der Unternehmenskauf 156.

³⁹⁴ OGH 10 Ob 2066/96p RdU 1997/59, 136 (krit Kerschner) = immolex 1997, 281; OGH 1 Ob 32/98g, RdW 1999, 16; zur Zurechnung des Verhaltens des Vertreters einer Partei iZm einem Irrtum durch unterlassene Aufklärung s OGH 7 Ob 246/74 SZ 47/148 mit weiteren Judikaturverweisen; ebenso OGH 1 Ob 183/00v SZ 73/160 = immolex 2001/78.

³⁹⁵ OGH 10 Ob 2066/96p RdU 1997/59, 136 (krit Kerschner) = immolex 1997, 281, mit Verweis auf SZ 67/136 = JBl 1995, 48.

³⁹⁶ Puck, Der Unternehmenskauf 158.

³⁹⁷ OGH 3 Ob 612/83 SZ 57/108; OGH 7 Ob 562/94 ÖZW 1996, 85 (Hüttler); jedoch die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung aufgrund gemeinschaftlichen Irrtums verneinend OGH 10 Ob 2066/96p RdU 1997/59, 136 (krit Kerschner) = immolex 1997, 281; wieder bejahend OGH 1 Ob 23/04w, ecollex 2004/272.

³⁹⁸ Gschnitzer in Klang 133 f; Mayer-Maly in Klang IV/2, 218; Ehrenzweig, AT 238; Kramer, ÖJZ 1974, 452 ff; Gschnitzer, AT², 658.

³⁹⁹ Rummel in Rummel³, ABGB³ § 871 Rz 18; Schlemmer, JBl 1986, 155 FN 55; Runggaldier, ZAS 1986, 138; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³, 158 (grundsätzlich keine Anfechtung, außer die Aufrechterhaltung des

Anpassung des Vertrages, da auch der sich selbst irrende Vertragspartner (Anfechtungsgegner) auf das Bestehen des Vertrages vertraut hat und somit schutzwürdig ist. Darüber hinaus ist es auch bei einem gemeinsamen Irrtum möglich, dass eine Seite den Irrtum veranlasst hat, zB wenn ein Bewertungsgutachten vom Veräußerer zur Verfügung gestellt wurde⁴⁰⁰. Letztgenannter Auffassung sollte gefolgt werden: Zum einen ist für solche Fälle in § 871 ABGB keine Anfechtungsmöglichkeit vorgesehen. Für die Annahme einer planwidrigen Lücke fehlen überzeugende Argumente. Zum anderen besteht ein Regelwerk für bestimmte Fälle gemeinsamen Irrtums, nämlich die Lehre vom **Wegfall der Geschäftsgrundlage**⁴⁰¹, sodass das Vorliegen einer Lücke verneint werden kann. Gemeinsamer Irrtum berechtigt daher grundsätzlich nicht zur Anfechtung, sondern nur wenn gleichzeitig ein Wegfall der Geschäftsgrundlage vorliegt.

In der Praxis kann aus Sicht des Verkäufers die Durchführung einer *Vendor's Due Diligence* sinnvoll sein, um bereits vor den Verhandlungen Schwachstellen des Unternehmens zu identifizieren⁴⁰². Zwar entstehen dadurch zusätzliche Kosten, doch wird der Verkäufer die Unterlagen für die Due Diligence des Erwerbers ohnehin zusammentragen müssen, und er kann sich so in den Vertragsverhandlungen besser positionieren.

Zu den **Rechtsfolgen** der Irrtumsanfechtung s Punkt 2.7.

1.14 Due Diligence und Irrtumsanfechtung

Grundsätzlich ist es für die Irrtumsanfechtung **ohne Belang, ob der Irrende selbst fahrlässig** gehandelt hat und insofern der Irrtum von ihm verschuldet wurde. Auch der schuldhaft Irrende ist daher – wenn alle anderen Voraussetzungen gegeben sind – nicht endgültig an seine Fehlvorstellungen gebunden⁴⁰³. Er kann jedoch seinem Vertragspartner aus *culpa in contrahendo* zum Ersatz dessen Vertrauensschadens, den dieser im Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung erleidet, verpflichtet sein⁴⁰⁴, wobei ein Mitverschulden wiederum zu berücksichtigen ist⁴⁰⁵.

Jedoch wird von der Jud eine wertende Einschränkung dahingehend vorgenommen, dass **ganz offensichtlich unrichtige** Angaben eines Vertragspartners, deren Überprüfung dem anderen Teil offen stand und leicht möglich war, **nicht als zur Täuschung geeignete**

Vertrages würde dem Anfechtungsgegner einen Vorteil verschaffen, auf den er wegen des gemeinsamen Irrtums gar nicht vertraut hat); in der Sache wohl auch *Honsell*, JBl 1989, 207; jünger wohl auch OGH 8 Ob 237/97d, *ecolex* 2000, 279/117 (gemeinsamer Irrtum über die Zahlungsfähigkeit).

⁴⁰⁰ *Puck*, Der Unternehmenskauf 156 f.

⁴⁰¹ *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ § 871 Rz 17; *Riedler*, Privatrecht I³, Rz 21/33; *Rummel*, JBl 1981, 8 ff.

⁴⁰² *Dorda/Ramsauer* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 48; *Reich-Rohrwig/Hanslik*, *ecolex* 2006, 632.

⁴⁰³ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 148; OGH 5 Ob 4/03d *ecolex* 2003/241.

⁴⁰⁴ *Vonkilch*, JBl 2004, 759.

⁴⁰⁵ *Koziol* in FS Schmidlin 291; *Thunhart*, ÖJZ 2000, 452 f; *Vonkilch*, JBl 2004, 770 f.

Irreführungshandlungen angesehen werden können⁴⁰⁶. Es mangelt dann an einer adäquaten Veranlassung⁴⁰⁷. Die Irrtumsanfechtung (nach Auffassung des OGH ebenso wie die Geltendmachung eines Vertrauensschadens, s dazu kritisch oben unter Punkt 1.11.3) ist ausgeschlossen, wenn der Käufer die **Unrichtigkeit** der ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen **leicht hätte erkennen können**. Im Anlassfall der älteren Entscheidung⁴⁰⁸, die einen Unternehmenskauf betraf, handelte es sich um Zahlen der Umsatzplanung. Hat der Vertragspartner trotz offensichtlicher Unrichtigkeit dennoch darauf vertraut, ist sein Irrtum **nicht** als durch den anderen Teil **veranlasst** anzusehen. Unterläuft dem Erwerber daher bei Durchführung einer Due Diligence grob fahrlässig ein Fehler, so fällt nach Auffassung der Jud das für die Irrtumsanfechtung erforderliche Tatbestandsmerkmal der Irrtumsveranlassung weg.

Grob fahrlässiger Irrtum schließt demnach die Anfechtung aus. Es schadet jedoch nicht, wenn der Irrende außerhalb der ganz offensichtlich unrichtigen Angaben des Vertragspartners fahrlässig gehandelt hat. Zu der Problematik dieser Jud, die dem Erwerber im Ergebnis eine Erkundungsobliegenheit auferlegt und die Aufklärungspflichten des Veräußerers iZm einer Due Diligence-Prüfung einschränkt, s ausführlich Punkt 1.10.2b) und Punkt 1.11.2. Dieselben kritischen Überlegungen sind auch im Bereich der Irrtumsanfechtung angebracht.

Zum beidseitigen Irrtum s soeben unter Punkt 1.13.

1.15 Gewährleistung und Anfechtung wegen List

1.15.1 List

List iSd § 870 ABGB ist die **bewusste Herbeiführung eines Irrtums** beim Vertragspartner im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

List ist rechtswidrige, vorsätzliche Täuschung⁴⁰⁹: Der Erklärende wird vorsätzlich (bedingter Vorsatz, *dolus eventualis*, genügt⁴¹⁰) durch Vorspiegelung falscher Tatsachen zur Willensäußerung bewogen. Darunter fällt allerdings nicht bloß die bewusste aktive Irreführung sondern auch die **Verhinderung der Kenntnisnahme** vom wahren Sachverhalt⁴¹¹. Das arglistige Verhalten kann auch in einem **Unterlassen** liegen, wenn ein

⁴⁰⁶ OGH 7 Ob 553/88 wbl 1988, 341; OGH 5 Ob 4/03d ecolex 2003/241.

⁴⁰⁷ Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³ § 871 Rz 20; Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 52, 78; Puck, Der Unternehmenskauf 154.

⁴⁰⁸ OGH 7 Ob 553/88 wbl 1988, 341.

⁴⁰⁹ Rummel in Rummel, ABGB³ § 870 Rz 2; Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³ § 870 Rz 3; 1 Ob 116/55 SZ 28/69 (Bilanzfälschung); OGH 7 Ob 722/86 wbl 1987, 345 (Irreführung durch Verschweigen der schlechten Ertragslage); OGH 7 Ob 630/89 JBl 1990, 175; OGH 3 Ob 563/95 JBl 1996, 174 (absichtliches Unterlassen der gebotenen Aufklärung); OGH 7 Ob 354/97b ÖBA 1999/777, 230.

⁴¹⁰ Rummel in Rummel, ABGB³ § 870 Rz 2; Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³ § 870 Rz 4; OGH 1 Ob 577/90; OGH 10 Ob 2066/96p RdU 1997/59, 136 (krit Kerschner) = immolex 1997, 281; 7 Ob 354/97b ÖBA 1999/777, 230; weitere Nachweise für die Rsp bei Pilgerstorfer, ÖJZ 2001, 383 in FN 106.

⁴¹¹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³, 166 mit Verweis auf Gschnitzer in Klang IV/1, 110.

Teil in einem Irrtum befangen ist und der andere **zur Aufklärung verpflichtet** wäre, stattdessen aber den Irrtum bewusst ausnutzt und die erheblichen Umstände **bewusst verschweigt**⁴¹².

Bedingter Vorsatz in diesem Zusammenhang bedeutet, dass der Täuschende den Irrtum des Vertragspartners und den Einfluss auf dessen Willensentschluss ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden hat⁴¹³. Dies gilt auch für Irreführung durch Verschweigen relevanter Umstände.

Die Täuschung muss weiters **kausal** für die Willenserklärung des Irregeführten sein und deshalb spätestens **beim Vertragsabschluss** erfolgt sein⁴¹⁴. Im Fall der Täuschung durch Verschweigen genügt die **hypothetische Kausalität**, dass nämlich die unterlassene Aufklärung, wenn sie erfolgt wäre, den Getäuschten von dem Geschäft überhaupt oder doch von einem Geschäft mit dem bestimmten Inhalt abgehalten hätte⁴¹⁵. Ob auch das Verfügungsgeschäft wegen List angefochten werden kann, ist strittig⁴¹⁶. Schädigungsabsicht des Irreführenden ist keine Voraussetzung für die Anfechtung.

Wird ein Willensmangel durch das Handeln eines **Geschäftsgehilfen** veranlasst, ist dieses Verhalten dem Geschäftsherrn zuzurechnen⁴¹⁷. Zur Aufklärungspflichtverletzung durch Gehilfen s bereits Punkt 1.10.2b), zur Irrtumsveranlassung Punkt 1.13.3.

Der Vorteil der Geltendmachung von List gegenüber der Irrtumsanfechtung besteht darin, dass nicht nur Geschäftsirrtümer sondern auch listig herbeigeführte **Motivirrtümer** beachtlich sind. Die Frist für die Geltendmachung beträgt **dreißig Jahre** ab

⁴¹² Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³ § 870 Rz 6 ff; F. Bydlinski, JBl 1980, 393 ff; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³, 167 mit Verweis auf Gschnitzer in Klang IV/1, 111; Rummel in Rummel, ABGB³ § 870 Rz 4; OGH 3 Ob 520/94, 559/95 ecolex 1996, 15 (Puck); OGH 6 Ob 653/86 JBl 1987, 383 = NZ 1987, 204 (Arglist bei Verschweigen des dem Verkäufer bekannten konsenslosen Zustands des Bauwerks); OGH 5 Ob 524/79 SZ 52/22; OGH 7 Ob 722/86 wbl 1987, 345 (Irreführung durch Verschweigen der schlechten Ertragslage); OGH 3 Ob 520/94 SZ 68/152 = EvBl 1996/8 = ecolex 1996, 15 (Puck); OGH 3 Ob 563/95 JBl 1996, 174 (absichtliches Unterlassen der gebotenen Aufklärung); OGH 6 Ob 635/95 HS 26.441/8 (listige Irreführung durch unterlassene Aufklärung); OGH 10 Ob 2066/96p RdU 1997, 136 (Kerschner); OGH 1 Ob 183/00v SZ 73/160 = immolex 2001/78 (zust Kovanyi); OGH 4 Ob 301/97m; 2 Ob 382/97h; 7 Ob 169/99z; 10 Ob 88/00i.

⁴¹³ Pilgerstorfer, ÖJZ 2001, 383 mwN, auch zur dt Rsp; OGH 10 Ob 2066/96p mwN zur Jud, RdU 1997/59, 136 (krit Kerschner) = immolex 1997, 281.

⁴¹⁴ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³, 167; Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³ § 870 Rz 1; OGH 6 Ob 635/95 HS 26.441/8 (listige Irreführung durch unterlassene Aufklärung); OGH 3 Ob 563/95 JBl 1996, 174 (absichtliches Unterlassen der gebotenen Aufklärung).

⁴¹⁵ OGH 5 Ob 524/79 SZ 52/22 (Konkurs des Mieters; Erneuerung des Angebotes des Vermieters auf Zahlung eines Entschädigungsbetrages für die Aufgabe des Mietrechts).

⁴¹⁶ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³, 167 mwN in FN 167.

⁴¹⁷ OGH 5 Ob 524/79 SZ 52/22 (Arglist des Masseverwalters); OGH 1 Ob 183/00v SZ 73/160 = immolex 2001/78 (zust Kovanyi) (Arglist des Verkaufsvermittlers).

Vertragsabschluss⁴¹⁸. Die **Behauptungs- und Beweislast** für den Arglisttatbestand trifft den Käufer⁴¹⁹.

1.15.2 Arglist bei Verletzung einer Aufklärungspflicht

Die Anfechtung eines **Unternehmenskaufvertrages** wegen arglistiger Unterlassung einer Aufklärung kommt somit insb dann in Betracht, wenn eine **Aufklärungspflicht** des Veräußerers besteht und er die betreffenden Umstände **bewusst verschweigt**⁴²⁰. Zu den Aufklärungspflichten s bereits ausführlich Punkt 1.10.2b). Hinsichtlich der Behauptungs- und Beweislast bedeutet dies, dass der Käufer mit einem **Negativbeweis** belastet ist und er typischerweise außerhalb des von ihm darzulegenden Geschehensablaufs steht⁴²¹.

In Abgrenzung zur Irrtumsanfechtung interessant ist die Frage, auf welche Umstände sich das **Bewusstsein** des Verkäufers beziehen muss, nämlich ob es für die Anfechtung wegen Arglist ausreicht, dass der zur Aufklärung verpflichtete Verkäufer Kenntnis hinsichtlich der relevanten **Tatsachen** hat und diese bewusst verschweigt, weil er bei Mitteilung mit einer Gefährdung seiner eigenen Interessen bei den Vertragsverhandlungen rechnet; oder ob es für die Anfechtbarkeit erforderlich ist, dass er sich darüber hinaus der Verletzung seiner **Aufklärungspflicht** bewusst war. Mit anderen Worten ist fraglich, ob ein fahrlässiger **Rechtsirrtum** des Verkäufers über das Bestehen bzw den Umfang der Aufklärungspflicht die Anfechtung wegen Arglist ausschließt.

Dies ist mE zu verneinen, da das von der Rechtsordnung missbilligte Verhalten darin besteht, dass der Veräußerer Mängel, also Tatsachen, die ihm bekannt sind, in dem Bewusstsein verschweigt, dass die Information für die Entscheidung des Erwerbers relevant ist, er jedoch den Vertragsabschluss mit diesem nicht gefährden möchte. Es kommt hingegen nicht darauf an, dass ihm bewusst ist, dass eine Rechtspflicht zur Aufklärung besteht oder wie sein Verhalten sonst rechtlich zu qualifizieren ist.

Der **OGH** scheint in einer Entscheidung⁴²² eine andere Auffassung zu vertreten, indem er bei Mangelkenntnis aber **fahrlässiger Verkennung des Umfangs der Aufklärungspflicht**

⁴¹⁸ § 1487 ABGB.

⁴¹⁹ Für Deutschland jüngst BGH 12.11.2010 V ZR 181/09 EWiR 2011, 209 = ZIP 2011, 383.

⁴²⁰ OGH 7 Ob 246/74 SZ 47/148; OGH 5 Ob 524/79 SZ 52/22 (Konkurs des Mieters; Erneuerung des Angebotes des Vermieters auf Zahlung eines Entschädigungsbetrages für die Aufgabe des Mietrechts); OGH 1 Ob 791/79 JBI 1981, 425 (Veranlassung eines Irrtums durch die Unterlassung der Aufklärung über die Zahlungsunfähigkeit des Wechselakzeptanten; die Beantwortung der Frage der Aufklärungspflicht konnte jedoch im Anlassfall aufgrund fehlenden Wesentlichkeit des Irrtums dahingestellt bleiben); OGH 1 Ob 778/81 SZ 55/51; OGH 1 Ob 183/00v SZ 73/160 = immolex 2001/78 (zust Kovanyi): Arglist im Anlassfall (Gebäuderisse in Eigentumswohnung) verneinend aufgrund bloß fahrlässiger Verkennung des Umfangs der gebotenen Aufklärung.

⁴²¹ Zu dieser Problematik jüngst BGH 12.11.2010 V ZR 181/09 EWiR 2011, 209 = ZIP 2011, 383 (Beweiserleichterung nach den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast: Der Gegner [Verkäufer] muss im Einzelnen darlegen, dass die von ihm bestrittene Behauptung [Arglist] unrichtig ist; darin ist keine grundsätzliche Umkehr der Darlegungslast zu sehen und auch keine Umkehr der Beweislast).

⁴²² OGH 1 Ob 183/00v SZ 73/160 = immolex 2001/78 (zust Kovanyi).

Arglist verneinte (jedoch Irrtumsanfechtung bejahte). Er führt dazu aus, Arglist könne nur dann unterstellt werden, wenn dem Veräußerer bewusst gewesen wäre, dass die vorvertragliche Aufklärungspflicht durch die tatsächlich erteilte Auskunft nicht erfüllt werden konnte, und er wissentlich notwendige Informationen deshalb zurückgehalten habe. Arglist wurde verneint, da es nach den Feststellungen auch möglich war, dass der Veräußerer durch eine bloß **fahrlässige Fehleinschätzung des Umfanges der gebotenen Aufklärung** die relevanten Informationen nicht weitergegeben habe. Dieses Ergebnis werde auch dadurch untermauert, dass die Vorinstanzen unterschiedlicher Ansicht über den Umfang der vorvertraglichen Aufklärungspflicht gewesen seien. Nach Auffassung des OGH muss sich das **Bewusstsein** des Veräußerers somit offenbar sowohl auf das **Bestehen** als auch auf den **Umfang der Aufklärungspflicht** beziehen.

Nicht zu übersehen ist, dass sich die **Jud** in den letzten Jahren im Zusammenhang mit der Arglistanfechtung aufgrund der Verletzung von Aufklärungspflichten zusehends verschärft hat (zur Aufklärungspflicht s bereits ausführlich Punkt 1.10.2b):

Der OGH⁴²³ hat etwa in einem früheren Fall, in dem der Erwerber es verabsäumt hatte, vom Verkäufer die Vorlage der Steuerbilanzen zu **verlangen**, eine arglistige Irreführung verneint: Dass die Steuerbilanzen dem Käufer auf entsprechendes Verlangen nicht gezeigt worden wären, sei dem festgestellten Sachverhalt nicht zu entnehmen.

In anderen Entscheidungen hat der OGH bei **Kenntnis**⁴²⁴ **von der Mangelhaftigkeit** bzw **Kennenmüssen**⁴²⁵ eine Aufklärungspflicht angenommen, bei jüngeren Entscheidungen hingegen geht er schon beim Bestehen von **Verdachtsgründen**⁴²⁶ von einer Aufklärungspflicht aus.

Diese Entwicklung ist deshalb besonders brisant, da bei Bestehen einer Aufklärungspflicht die bewusste Unterlassung dieser Aufklärung dazu führt, dass zum einen der **Gewährleistungsausschluss**, und zwar sowohl ein allgemeiner als auch ein mangelspezifischer, **unwirksam** ist (s dazu noch ausführlich Punkt 3.4.3a) und Punkt 3.4.4a)) und zum anderen der Käufer, wie in diesem Punkt ausgeführt, den Vertrag wegen **Arglist anfechten** kann. Diese Judikaturlinie ist in der Lit zT auf heftige Kritik⁴²⁷ gestoßen, da sie für den Verkäufer mit erheblichen Risiken verbunden ist.

⁴²³ OGH 4 Ob 1657/95 ecollex 1996, 247 = SWK 1996, B 77 (Anm *Heidinger*).

⁴²⁴ OGH 10 Ob 2066/96p RdU 1997/59, 136 (krit *Kerschner*) = immolex 1997, 281: Aufklärungspflicht ab definitiver Kenntnis der Kontamination; OGH 6 Ob 653/86 JBl 1987, 383 = NZ 1987, 204 (Arglist bei Verschweigen des dem Verkäufer bekannten konsenslosen Zustands des Bauwerks).

⁴²⁵ OGH 7 Ob 562/94 RdU 1996, 88 (*Berger*) = ÖZW 1996, 85 (*Hüttler*) = ecollex 1996, 94: Kennenmüssen.

⁴²⁶ OGH 5 Ob 104/99a bbl 2000/84 = wobl 2000/199, 365 (zust *Pilgerstorfer*): Sittenwidrigkeit eines Gewährleistungsausschlusses bei Vorhandensein von Verdachtsgründen; OGH 8 Ob 36/07p: aus den Feststellungen ergab sich jedoch kein Hinweis auf eine konkrete Verdachtslage, auf die Frage, ob die allfällige Kenntnis vom Vorhandensein eines längst stillgelegten Öltanks für eine Verdachtslage ausreichend wäre, war nach Ansicht des OGH nicht einzugehen.

⁴²⁷ *Brugger*, ecollex 2008, 803.

Die Anfechtung wegen List ist für den Käufer vor allem in jenen Fällen interessant, in denen Mängel erst zu einem Zeitpunkt hervorkommen, in dem Gewährleistungsansprüche bereits verjährt sind. Ein typischer Anwendungsfall betrifft Altlasten im Rahmen der **Umwelthaftung**. Eine auf diese Fälle speziell zugeschnittene vertragliche Gewährleistungsregelung mit entsprechenden Fristen ist sinnvoll, um Schwierigkeiten mit der Anfechtung wegen List aufgrund der hohen subjektiven Anforderungen zu vermeiden.

1.15.3 Wissenszurechnung im Verband

a) *Asset Deal*

Eine schwierige Frage iZm den subjektiven Voraussetzungen der Arglistanfechtung betrifft die Wissenszurechnung innerhalb eines Verbandes. In vielen Fällen handelt es sich beim Verkäufer nicht um eine natürliche Person sondern um eine Gesellschaft. Kenntnis von bestimmten Umständen und Vorgängen können jedoch unmittelbar nur natürliche Personen haben. Es ist daher zu klären, Kenntnis welcher natürlicher Personen der juristischen Person zugerechnet werden soll.

Als Grundsatz gilt, dass die Kenntnis der geschäftsführungs- und vertretungsbefugten **Organe** als Kenntnis der Gesellschaft anzusehen ist („**Wissensvertreter**“). Hierbei genügt es, dass **ein** Vertreter des Verbandes den Mangel gekannt hat und den Vertragsabschluss durch einen anderen, gutgläubigen Vertreter für möglich gehalten und gebilligt hat⁴²⁸.

Es erscheint jedoch aufgrund der komplexen und arbeitsteilig organisierten Struktur vieler Gesellschaften sachgerecht, die Wissenszurechnung auf andere Personen in der Gesellschaft auszuweiten.

Nach in **Deutschland** hM sowie der Rsp des **BGH**⁴²⁹ muss sich ein Verband nicht nur das Wissen der Handelnden persönlich sondern auch das „**Aktenwissen**“ sowie das Wissen von Personen zurechnen lassen, soweit **Anlass** bestanden hat, **dieses Wissen** heranzuziehen oder an die betreffenden Organe **weiterzuleiten**⁴³⁰. Der BGH spricht insofern von einer Informationsweiterleitungs- und einer Informationsabfragepflicht. Verband ist nach seiner Auffassung nicht nur eine juristische Person sondern jede arbeitsteilige Organisation, bei der es zu einer Wissensaufspaltung kommen kann, insb auch die GmbH&Co KG.

Grundlage für diese Auffassung ist das sogenannte „**Gleichstellungsargument**“⁴³¹, demzufolge ein Verband, der sein relevantes Wissen auf mehrere Hilfspersonen aufspaltet, sich nicht durch eine pflichtwidrige Organisation der Wissensvermittlung Vorteile verschaffen können soll. Das Ergebnis entspreche dem, was mit dem Begriff des **Organisationsverschuldens** für die Zurechnung fremden Fehlverhaltens stRsp sei. Der

⁴²⁸ Für Deutschland *Altmeyden*, BB 1999, 753 unter Verweis auf § 166 Abs 2 BGB; für Österreich im Fall der Veräußerung des Unternehmens einer OHG 1 Ob 116/55 SZ 28/69: Hat eine persönlich haftender Gesellschafter eine Betrugshandlung gesetzt, wird diese der Gesellschaft zugerechnet.

⁴²⁹ BGH BGHZ 131, 30 = NJW 1996, 1339 = JZ 1996, 731 (Anm *Taupitz*).

⁴³⁰ Ausführlich für Deutschland s *Altmeyden*, BB 1999, 750 ff.

⁴³¹ *Medicus*, Karlsruher Forum 1994, 4 ff, 15 ff; ihm folgend BGH BGHZ 131, 30 = NJW 1996, 1339 = JZ 1996, 731 (Anm *Taupitz*).

Vertragspartner erwarte zu Recht eine ordnungsgemäß organisierte Kommunikation mehrerer Vertreter des Verbandes⁴³². Damit wird die Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation der betriebsinternen Kommunikation, die sowohl die Informationsweiterleitung, die Informationsabfrage als auch die Speicherung umfasst, zum maßgeblichen Grund für die Wissenszurechnung⁴³³.

ZT wird diese Rsp sogar auf den **Konzern** übertragen und gefolgert, der Mangel des Unternehmens sei der den Gesellschaftsanteil verkaufenden Gesellschaft als bekannt zu unterstellen, wenn sie bei ordentlicher Organisation des Informationsaustauschs im Konzern informiert gewesen wäre⁴³⁴. Als Argument wird angeführt, auch der Konzern sei eine auf Arbeitsteilung beruhende Organisationsform, die zur Wissensaufspaltung führen könne.

Die **Gegenmeinung** kritisiert die BGH-Rsp mit guten Argumenten, indem sie ihr vorwirft, **fahrlässige Unkenntnis** mit **Kenntnis** in dogmatisch unzulässiger Weise gleichzusetzen⁴³⁵. Der Vorwurf der mangelhaften Organisation beim Wissenstransport bezieht sich nämlich nicht auf Kenntnis, sondern auf **pfllichtwidrige Unterlassung gebotener Organisation**. Bei der Wissenszurechnung iZm der Anfechtung wegen Arglist geht es jedoch nicht um Fahrlässigkeit hinsichtlich der Verletzung von Erkundigungs- und Informationspflichten.

Aufgrund der Unzulässigkeit, die Verjährungsfrist wegen Arglist vertraglich zu verkürzen, führt die Rsp des BGH zu unerträglichen weil **unkalkulierbaren Haftungsrisiken** für den Verkäufer im Hinblick auf verborgene Mängel, wie zB Altlasten. Vertragliche Gewährleistungsvereinbarungen können hier keine Abhilfe schaffen. Selbst im Fall einer klaren vertraglichen Gewährleistungsvereinbarung mit zB dreijähriger Verjährungsfrist würde die Gesellschaft als Verkäuferin zwingend 30 Jahre lang haften, wenn bei der Informationsorganisation lediglich fahrlässig etwas versäumt worden ist. Damit wird die Haftung wegen Arglist – dogmatisch unbegründbar – zu einer Fahrlässigkeitshaftung umfunktioniert⁴³⁶.

Eine vertragliche Lösung des Problems über eine Zurechnung der pfllichtwidrigen Unterlassung entsprechender Organisation im Rahmen einer Haftung nach den Regeln der **culpa in contrahendo** scheitert bei den klassischen Gewährleistungsklauseln daran, dass es innerhalb dieser Gewährleistungsregeln grundsätzlich nicht auf ein Verschulden des Veräußerers ankommt⁴³⁷. Ein möglicher Ausweg wäre hingegen die vertragliche **Verknüpfung** des Katalogs von Gewährleistungsklauseln mit den **schadenersatzrechtlichen** Regeln. Dann käme zumindest die schadenersatzrechtliche Verjährungsfrist, die im Regelfall der vertraglichen Vereinbarung auf den Zeitpunkt der Kenntnis des Mangels abstellen wird, zur Anwendung. Voraussetzung ist jedoch, dass der Mangel unter eine der Gewährleistungsklauseln subsumiert werden kann. Empfehlenswert ist daher eine eigene

⁴³² Ausführlich *Drexl*, ZHR 161 (1997), 491 ff.

⁴³³ *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 381.

⁴³⁴ *Drexl*, ZHR 161 (1997), 491 ff.

⁴³⁵ *Altmeppen*, BB 1999, 750 ff.

⁴³⁶ *Altmeppen*, BB 1999, 752.

⁴³⁷ *Altmeppen*, BB 1999, 751.

Klausel für versteckte Mängel in bestimmten Risikobereichen, wie zB Altlasten. Die schadenersatzrechtliche Haftung wäre gerichtet auf das **negative Interesse** wegen fahrlässiger Nichtaufklärung⁴³⁸.

Um die Diskrepanz dogmatisch zu lösen, tritt in **Deutschland** ein Teil der Lehre hinsichtlich des Tatbestandes der Anfechtung wegen Arglist für ein Festhalten am Erfordernis der positiven Kenntnis, jedoch für eine Modifikation der **Behauptungs- und Beweislast** ein⁴³⁹. Als Argument wird die Nähe des Verkäufers zum Beweis angeführt. Diese Lösung erscheint sachgerecht und praktikabel. Es kann grundsätzlich ausgeschlossen werden, dass Vorgänge von grundlegender Bedeutung keinem einzigen Wissensvertreter des Verbandes zur Kenntnis gelangen, zumal solche Vorgänge typischerweise aktenmäßig festgehalten werden. Daher ist zu **vermuten**, dass entweder der den Unternehmenskaufvertrag abschließende Repräsentant selbst das Wissen hatte, weil dies der ordnungsgemäßen Informationsweiterleitung im Verband entsprochen hätte; oder es ist zu vermuten, dass irgendein anderer Vertreter, der für die Kenntnisnahme und Informationsweiterleitung im Verband zuständig war, Kenntnis hatte und den Vertragsabschluss durch einen anderen Vertreter gebilligt hat.

Danach genügt es, wenn der Käufer vorbringt, dass die Tatsache **typischerweise aktenmäßig festgehalten** wird oder von solcher **Relevanz** ist, dass irgendein Wissensvertreter des Verbandes sie gemäß dem üblichen Ablauf sorgfältiger Geschäftsführung zur Kenntnis genommen haben muss⁴⁴⁰. Es obliegt anschließend dem Verkäufer, darzulegen, weshalb im konkreten Fall entgegen der Lebenserfahrung kein einziger seiner Vertreter Kenntnis von dem Umstand hatte.

Weiters ist nach dieser Auffassung zu vermuten, dass derjenige Wissensvertreter, der die Kaufvertragsverhandlungen für den Verband führt, sich im Hinblick auf die abzugebenden Wissenserklärungen und Zusicherungen kundig gemacht hat und damit über das im Verband gespeicherte Wissen informiert ist. Es obliegt dann wieder dem Verband, aufzuklären, wie es entgegen der Lebenserfahrung dazu kommen konnte, dass der Verhandlungsführer die entscheidende Information nicht erhalten hat, ohne dass zumindest ein anderer Wissensvertreter diese Möglichkeit gebilligt hat⁴⁴¹.

Für den Fall, dass der Verhandlungsführer die Wissensspeicher **bewusst gar nicht abgefragt** hat, ist nach der in Deutschland vertretenen Meinung zu vermuten, dass er die zur sachgemäßen Beurteilung erforderliche Kenntnis nicht hatte und diesen Umstand bewusst verschwiegen hat. In dem Umstand, dass er damit gerechnet hat, dass seine Angaben nicht der Wahrheit entsprechen, liegt **bedingter Vorsatz**, der im Rahmen der Arglist ausreicht⁴⁴². Nach der Rsp des BGH⁴⁴³ schließt in einem solchen Fall bewusster Unkenntnis der gute Glaube an die Richtigkeit des Erklärten Arglist nicht aus („**Erklärungen ins Blaue hinein**“).

⁴³⁸ Pilgerstorfer, ÖJZ 2001, 381 FN 81.

⁴³⁹ Altmeyen, BB 1999, 753 f unter Berufung auf § 166 BGB.

⁴⁴⁰ Altmeyen, BB 1999, 753.

⁴⁴¹ Altmeyen, BB 1999, 753 f unter Berufung auf § 166 Abs 2 BGB.

⁴⁴² So Altmeyen, BB 1999, 754, insb FN 754.

⁴⁴³ BGH BB 1980, 1010 = NJW 1980, 2460; BGH NJW 1981, 1441.

Diese Lösung über eine Beweiserleichterung nach dem Grundsatz der Nähe zum Beweis führt im Gegensatz zu der dt Rsp nicht zu einer dogmatisch problematischen Aufweichung des Arglistbegriffes. Es bleibt dabei, dass positives Wissen (oder bewusste Unkenntnis) zumindest eines Repräsentanten erforderlich ist. Das Vorliegen dieses Wissens wird allerdings widerleglich vermutet.

Hierzu ist abschließend darauf hinzuweisen, dass dies nicht ungewöhnlich ist, da auch in Österreich das Gesetz explizit in Fällen eines Nahebezugs bestimmter Personen Kenntnis aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung regelmäßig vermutet^{444,445}. Für den Verband selbst ist diese Vermutung aufgrund ihrer Widerlegbarkeit wesentlich günstiger als die weite Wissenszurechnung iSd dt Rsp und dt hM.

Es wird zT überlegt, die gegenteilige dt Rsp und hM auch für **Österreich** brauchbar zu machen⁴⁴⁶, dies allerdings, soweit derzeit ersichtlich, ohne sich mit den Argumenten der dt Gegenmeinung inhaltlich auseinanderzusetzen.

b) Share Deal

Noch diffiziler ist die Thematik der Wissenszurechnung beim **Anteilskauf**. Hier ist eine Zurechnung über zwei Ebenen zu prüfen, Verkäufer ist nämlich hier der Gesellschafter, der in vielen Fällen wiederum eine Gesellschaft ist. Hier ist zu klären, ob das Wissen welcher natürlicher Personen in der Zielgesellschaft nicht nur dieser selbst sondern auch der anteilsverkaufenden Gesellschaft eine Ebene darüber zugerechnet werden kann.

Wie oben bereits angedeutet, wird in **Deutschland** hierzu zT die Meinung vertreten⁴⁴⁷, der Mangel des Unternehmens sei der den Gesellschaftsanteil verkaufenden Gesellschaft als bekannt zu unterstellen, wenn sie bei ordentlicher Organisation des Informationsaustauschs im **Konzern** informiert gewesen wäre. Diese Auffassung ist aus den oben angeführten Gründen problematisch, wobei die Thematik hier noch verschärft ist, da die Zurechnung nicht nur gesellschaftsintern sondern sogar über zwei Ebenen erfolgt.

1.16 Wegfall der Geschäftsgrundlage

Geschäftsgrundlage sind geschäftstypische Voraussetzungen, von denen beide Vertragsparteien bei Vertragsabschluss ausgehen.

⁴⁴⁴ Siehe nur zB die Beweislastregelung zB der §§ 28 ff IO für die Konkursanfechtung zulasten naher Angehöriger; ebenso § 1409 Abs 2 ABGB, demzufolge Erwerber, die nahe Angehörige des Veräußerers sind, beweisen müssen, dass sie die Schulden bei der Übergabe weder kannten noch kennen mussten.

⁴⁴⁵ Auch in der Jud finden sich immer wieder Beweislastargumene bei besonderem Naheverhältnis: zB OGH 8 Ob 610/92 (Umgehung eines Provisionsanspruchs durch Vorschieben einer „quasi angehörigen“ dritten Gesellschaft).

⁴⁴⁶ *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 380 mit Verweis auf *Iro*, Zurechnung von Gehilfen im Recht der Willensmängel, JBl 1982, 470, 510; Rsp zur Wissenszurechnung bei juristischen Personen OGH 5 Ob 613/79 SZ 52/167 (Wissen der zur Vertretung im betroffenen Bereich berufenen Organmitglieder ist zuzurechnen; es kommt nicht darauf an, ob die betreffende Person einzel- oder gesamtvertretungsbefugt ist); OGH 5 Ob 518/93 ecolx 1993, 810; OGH 9 Ob 88/99b.

⁴⁴⁷ *Drexler*, ZHR 161 (1997), 491 ff.

Das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage mit dem Ziel der Anfechtung des Kaufvertrages ist allerdings nur als letztes Mittel heranzuziehen⁴⁴⁸. Jeder Vertragspartner hat nämlich grundsätzlich die Gefahr aller Umstände auf sich zu nehmen, die sich in seinem Bereich ereignen⁴⁴⁹. Auch das Risiko, dass der Kaufgegenstand wie geplant verwendet werden kann, trägt grundsätzlich der Käufer, sofern vertraglich nichts anderes vereinbart wurde⁴⁵⁰.

1.17 *Laesio Enormis*

Auch der Rechtsbehelf der *laesio enormis* (§ 934 ABGB) steht in **Konkurrenz** zu Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen. Voraussetzung für die Verkürzung über die Hälfte ist, dass der **Mangel** bereits **im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses** vorhanden war und dazu führt, dass der objektive Wert des Unternehmens weniger beträgt als die Hälfte des Wertes der Gegenleistung (Kaufpreis)⁴⁵¹.

Im Gegensatz zur Gewährleistung beruht die *laesio enormis* auf dem Gedanken der **objektiven Äquivalenz** zwischen Leistung und Gegenleistung.

Der **OGH**⁴⁵² hat in einem konkreten Fall einen Schadenersatzanspruch mangels Verletzung einer Aufklärungspflicht zwar verneint, da der Käufer es unterlassen hatte, vom Verkäufer entsprechende Unterlagen zu verlangen. Die Anfechtung des Vertrages wegen *laesio enormis* wurde hingegen bejaht, da hierfür der Umstand, ob der Erwerber sich hätte Kenntnis verschaffen können, bedeutungslos ist. Voraussetzung für den **Ausschluss** der *laesio enormis* ist nämlich nur die **tatsächliche Kenntnis** vom wahren Wert des Kaufgegenstandes. Interessant im konkreten Fall war auch die Aussage des Gerichtshofes, dass die Erklärung des Käufers im Unternehmenskaufvertrag, Kenntnis über den Wert des Vertragsgegenstandes zu haben, nicht automatisch den Schluss zulasse, dass dem Käufer der effektive Wert tatsächlich bekannt gewesen sei. In der Praxis ist daher aus Sicht des Verkäufers unbedingt darauf zu achten, zu dokumentieren, welche Informationen der Erwerber erhalten hat.

Der Anspruch setzt **gerichtliche** Geltendmachung voraus. Wie bei der Irrtumsanfechtung ist allerdings kein formelles Rechtsgestaltungsbegehren erforderlich⁴⁵³. Es genügt die Klage auf Rückstellung der Leistung bzw die Einrede der Ungültigkeit gegen die Leistungsklage des Gegners. Das stattgebende Urteil beseitigt den Vertrag schuldrechtlich *ex tunc*, sachenrechtlich allerdings nur *ex nunc*⁴⁵⁴. Die Rückabwicklung erfolgt über das Bereicherungsrecht.

⁴⁴⁸ OGH 1 Ob 778/81 SZ 55/51; *Rummel*, JBl 1981, 1 ff.

⁴⁴⁹ OGH SZ 52/189; OGH SZ 49/13; OGH SZ 43/63.

⁴⁵⁰ OGH 1 Ob 778/81 SZ 55/51: im Anlassfall erforderliche Genehmigungen und Wasseranschlüsse.

⁴⁵¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 93.

⁴⁵² OGH 3 Ob 520/94, 559/95 SWK 1996, B 77 (Anm *Heidinger*) = *ecolex* 1996, 15 (Anm *Puck*).

⁴⁵³ *I. Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 99.

⁴⁵⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 93; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 933 Rz 1; OGH 6 Ob 612/93; OGH 4 Ob 88/03z; diese Wirkung tritt auch dann ein, wenn lediglich auf Rückzahlung aus dem Rechtsgrund der Bereicherung geklagt wurde.

Die **Verjährungsfrist** beträgt **drei Jahre** und beginnt im Zeitpunkt des **Vertragsabschlusses** (§ 1487 ABGB)⁴⁵⁵.

1.18 Gesetzlicher Tatbestand – Fazit

1.18.1 Unzulänglichkeiten des gesetzlichen Tatbestands – Fazit

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich deutlich, dass die gesetzlichen Regeln, die in erster Linie auf den Kauf einer Einzelsache abstellen, nicht ausreichend sind, um beim Unternehmenskauf im Fall von Mängeln einen sachgerechten Interessenausgleich zu bewerkstelligen. Daraus wird der Bedarf an einer sinnvollen vertraglichen Ausgestaltung und Regelung eines Ausgleichs der widerstreitenden Interessen klar ersichtlich.

So besteht bspw im Bereich der **gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften** mangels Vorhandensein gleichartiger Unternehmen im Verkehr erhebliche Rechtsunsicherheit, sodass schon aus diesem Grund eine vertragliche Regelung unverzichtbar ist, um überhaupt klarzustellen, wann eine Mangelhaftigkeit vorliegt. Beim Anteilskauf kann überdies fraglich sein, ob Unternehmensmängel gleichzeitig als Anteilsmängel anzusehen sind. Ein Gewährleistungskatalog bewirkt hier Klarstellung.

Aufgrund von Konkurrenz und Überschneidungen zwischen **Gewährleistungs-, Schadenersatz- und Irrtumsrecht**, sollte bei vertraglicher Ausgestaltung eines Rechtsinstituts auch das Verhältnis zu den anderen Rechtsinstituten bedacht und geregelt werden. Ebenso jenes zu *laesio enormis* und Wegfall der Geschäftsgrundlage.

Im Bereich des **Schadenersatzrechts** ist fraglich, wie weit die **Aufklärungspflichten** des Verkäufers reichen. Wesentlich ist es, zu dokumentieren, welche Unterlagen dem Erwerber übermittelt wurden, um im Streitfall den Informationsfluss nachweisen zu können. Weiters sollte die Frage, ob überhaupt und wie sich ein **Mitverschulden** im Zuge der Due Diligence-Prüfung auf Schadenersatzansprüche auswirken soll, vertraglich geregelt werden.

Im **Irrtumsrecht** besteht Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Beachtlichkeit von Fällen des gemeinsamen Irrtums und dessen Abgrenzung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage. Ebenso hinsichtlich des fahrlässigen Irrtums seitens des Irrenden, was insb im Zusammenhang mit einer Due Diligence-Prüfung relevant sein kann.

Praktisch höchst problematisch sind Fragen der **Wissenszurechnung** im Verband. Eine klare Regelung, das Wissen welcher natürlicher Personen dem Verband zugerechnet werden soll, sowie im Fall des Anteilskaufs, welches Wissen welcher natürlichen Personen in der Zielgesellschaft der Verkäufergesellschaft zugerechnet werden soll, ist hilfreich, um bereits bei der Vorbereitung eines allfälligen Prozesses die Situation und Erfolgchancen realistisch einschätzen zu können.

1.18.2 Rechtsfolgen einer durchgeführten oder unterlassenen Due Diligence – Fazit

Führt der Erwerber eines Unternehmens keine Due Diligence durch, so verliert er dadurch nach der hier vertretenen Auffassung seine Gewährleistungsrechte grundsätzlich nicht. Auch allfällige Aufklärungspflichten des Veräußerers bleiben bestehen. In dem Unterlassen ist auch kein Mitverschulden des Erwerbers zu erblicken.

⁴⁵⁵ M. Bydliniski in Rummel, ABGB³ § 1487 Rz 6 f.

Dennoch wird der Käufer idR eine Due Diligence vornehmen, dies ist für die geschäftsführenden Organe des Käufers bereits aus gesellschaftsrechtlichen Gründen dringend geboten, um sich zu enthaften: Der Käufer muss sich ein detailliertes Bild über das Zielobjekt machen, um einerseits eine Bewertung vornehmen und den Kaufpreis angemessen verhandeln zu können, andererseits um die mit dem Unternehmen verbundenen Risiken einschätzen und im Kaufvertrag eine entsprechende Risikoallokation vornehmen zu können oder von der Transaktion überhaupt Abstand zu nehmen.

Ein Erwerber, der eine Due Diligence vornimmt, verliert seine Gewährleistungsansprüche, wenn er im Zuge der Prüfung von einem Mangel **Kenntnis** erlangt. Was bei einem **grob fahrlässig nicht erkannten Mangel** zu gelten hat, ist strittig. Um den Erwerber nicht ungerechtfertigt schlechter gegenüber demjenigen zu stellen, der das Unternehmen überhaupt keiner Prüfung unterzogen hat, wird man wohl annehmen müssen, dass ein Gewährleistungsausschluss nur eintritt, wenn der Mangel als solcher spezifisch offengelegt wurde und aus den tatsächlich eingesehenen Unterlagen klar und deutlich hervorkommt, sodass er nur bei besonderer Sorglosigkeit unbemerkt bliebe. Eine Obliegenheit des Käufers, Nachforschungen anzustellen oder von sich aus die Vorlage (weiterer) Unterlagen zu verlangen, ist nach der hier vertretenen Auffassung zu verneinen.

Die **Aufklärungspflichten** des Veräußerers werden grundsätzlich nicht reduziert, wenn er einer Due Diligence zustimmt. Ebenso wenig muss der Erwerber einen Mitverschuldenseinwand gegen sich gelten lassen, wenn ihm bei der Due Diligence ein Sorgfaltsverstoß widerfährt.

Infolge der Durchführung einer Due Diligence-Prüfung kann somit – mangels abweichender vertraglicher Vereinbarung – unter bestimmten Voraussetzungen ein Ausschluss von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen eintreten.

In Hinblick auf die sich aus dieser Rechtslage ergebenden Unsicherheiten empfiehlt sich in der Praxis die Durchführung einer Due Diligence-Prüfung unter Erstellung einer sog „***Due Diligence Request List***“. Darüber hinaus sollte der Vertrag eine ausdrückliche Regelung für die Rechtsfolgen der Due Diligence, insb ihre Auswirkungen auf Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche enthalten.

2 Gesetzliche Rechtsfolgen bei Mängeln: Ansprüche (*Remedies*) und Geltendmachung

2.1 Gesetzliche Gewährleistungsbefehle

2.1.1 Verbesserung

Als **primärer Gewährleistungsbefehl** steht die **Verbesserung** (oder Austausch bzw. Nachtrag des Fehlenden) zur Verfügung. Diese hat den Zweck, dem Übergeber eine zweite Chance zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes zu geben⁴⁵⁶ und hat innerhalb angemessener Frist zu erfolgen und möglichst geringe Unannehmlichkeiten für den Übernehmer zu verursachen. Zugeschnitten ist die gesetzliche Regelung auf den „einfachen“ Kauf einer Sache⁴⁵⁷.

Die Individualität und komplexe Natur eines Unternehmens machen jedoch die primären gesetzlichen Gewährleistungsbefehle oftmals zu einer **ungeeigneten Rechtsfolge** bei Leistungsstörungen iZm einem Unternehmenskauf⁴⁵⁸. Insb der primäre Gewährleistungsbefehl des **Austauschs** des mangelhaften gegen einen mangelfreien Kaufgegenstand ist beim Unternehmenskauf nicht denkbar, sodass das gesetzlich vorgesehene Wahlrecht des Erwerbers zwischen Verbesserung und Austausch beim Unternehmenskauf gegenstandslos ist⁴⁵⁹. Einzelne mangelhafte Vermögensgegenstände (zB eine Maschine) sind selbstverständlich auch im Rahmen eines Unternehmenskaufs einem Austausch bzw, wenn sie fehlen, eines Nachtrags zugänglich.

Der Umstand, dass es sich bei einem Verkäufer oft um einen aktuellen oder potenziellen Mitbewerber handelt, kann auch die **Verbesserung** zu einem ungeeigneten Rechtsbehelf machen. Darüber hinaus kann die Verbesserung schon dadurch **unmöglich** sein, dass weder Veräußerer noch Erwerber direkten Einfluss auf den Kaufgegenstand haben⁴⁶⁰. Insb beim *share deal* ist zu berücksichtigen, dass die Verbesserung des Fehlers – unabhängig von der Bereitschaft des Anteilsverkäufers – auch noch von anderen Faktoren, nämlich insb der Bereitschaft der **Geschäftsführung**, in deren Aufgabenbereich die Veranlassung der Mängelbehebung fallen wird, abhängig ist. Die Verbesserung ist idR bereits dann unmöglich, wenn die Geschäftsführung ihre Zustimmung zur Verbesserung verweigert und dazu nicht zwingend veranlasst werden kann, etwa wenn der Anteilsinhaber nur eine Minderheitsbeteiligung innehat⁴⁶¹ oder wenn es sich bei der Zielgesellschaft um eine

⁴⁵⁶ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 71; Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung 20 ff; Welser/Jud, Die neue Gewährleistung § 932 Rz 13.

⁴⁵⁷ Welser/Jud, Die neue Gewährleistung § 932 Rz 4.

⁴⁵⁸ Parschalk/Wahl, wbl 2003, 353.

⁴⁵⁹ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 27.

⁴⁶⁰ Egermann/Winkler, RdW 2002, 197.

⁴⁶¹ Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 86; Reich-Rohrwig/Thiery, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf, ecolx 1991, 92; I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 7, 36.

Aktiengesellschaft handelt. Zu beachten ist darüber hinaus, dass bei einer Verbesserung auf Ebene der Gesellschaft die mit der Verbesserung verbundene Wertsteigerung nicht nur dem Erwerber sondern mittelbar sämtlichen Gesellschaftern zugute kommt⁴⁶².

Der faktischen Unmöglichkeit der Mangelbehebung ist die wirtschaftliche Untunlichkeit gleichgestellt: Letztere ist gem § 932 Abs 4 ABGB dann gegeben, wenn die Verbesserung für den Veräußerer mit einem **unverhältnismäßig hohen Aufwand** verbunden ist. Bei Beurteilung der Verhältnismäßigkeit kommt es zu einer Interessenabwägung zwischen den Parteien, und zwar zwischen dem Aufwand des Veräußerers und dem Vorteil der Verbesserung für den Erwerber. Hohe Kosten allein bedeuten dabei noch nicht Unwirtschaftlichkeit. Aufgrund des prinzipiellen Rechts des Käufers auf ordnungsgemäße Leistung bedeutet selbst ein Erreichen des (anteiligen) Kaufpreises nicht automatisch die Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes⁴⁶³.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Verbesserung gem § 932 Abs 4 ABGB auch dann ausscheidet, wenn sie **für den Käufer mit erheblichen Unannehmlichkeiten** verbunden wäre, denkbar wäre in diesem Zusammenhang die Kenntnisnahme von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch den Verkäufer⁴⁶⁴, oder wenn die Verbesserung dem Käufer **unzumutbar** ist aus Gründen, die in der Person des Veräußerers liegen.

2.1.2 Preisminderung, Wandlung

Die **sekundären** Gewährleistungsbehelfe der **Kaufpreisminderung oder Wandlung** kann der Übernehmer nur fordern, wenn die Verbesserung nicht möglich ist, für den Übergeber mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre oder wenn der Übergeber dem Verlangen des Übernehmers nicht oder nicht in angemessener Frist nachkommt. Das ist der Fall, wenn der Übergeber untätig bleibt, aber auch wenn seine Bemühungen fehlschlagen.

Ferner kann der Übernehmer die sekundären Rechtsbehelfe geltend machen, wenn die primären für ihn mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn ihm die Verbesserung oder der Austausch aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen nicht zumutbar ist.

Eine **Kumulierung** von Verbesserungsbegehren und Preisminderung ist möglich, wenn der Mangel nur teilweise behebbar ist⁴⁶⁵.

Wandlung ist die schuldrechtlich *ex tunc* wirkende Aufhebung des Kaufvertrages mit dessen anschließender Rückabwicklung⁴⁶⁶. Die Wandlung kommt nicht in Betracht, wenn der Mangel **geringfügig** ist. Bei der Beurteilung der Geringfügigkeit ist im Hinblick auf den konkreten Vertrag und die Umstände des Einzelfalls eine Interessenabwägung vorzunehmen:

⁴⁶² I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 36.

⁴⁶³ Welser/Jud, Die neue Gewährleistung § 932 Rz 18 ff; ausführlich zum Kriterium der Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 30 f.

⁴⁶⁴ So I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 32.

⁴⁶⁵ OGH 6 Ob 308/97f RdW 1998, 606.

⁴⁶⁶ Ofner in Schwimann, ABGB³ IV § 932 Rz 70.

Geringfügigkeit bedeutet, dass die Auflösung des Vertrages auf Grundlage des geltend gemachten Mangels unverhältnismäßig wäre⁴⁶⁷. Da das Fehlen besonders vereinbarter Eigenschaften nie einen geringfügigen Mangel darstellt, kommt auch hier dem Gewährleistungskatalog eine wesentliche Bedeutung zu⁴⁶⁸.

Beim Unternehmenskauf führt im Fall der Wandlung die gegenseitige Zurückstellung der bereits ausgetauschten Leistungen zu erheblichen **praktischen Schwierigkeiten**: Das Unternehmen unterliegt ständigen Änderungen und erfährt überdies vom Käufer idR in kurzer Zeit eine erhebliche Umgestaltung. Daher kommt es zu einer Änderung des wirtschaftlichen Gehalts des Unternehmens bzw. beim Anteilskauf zu einer Änderung des wirtschaftlichen Gehalts der Anteile an der Zielgesellschaft⁴⁶⁹. Darüber hinaus können einzelne Teile des Kaufgegenstandes (insb. beim *asset deal*) gar nicht mehr vorhanden sein. Die Zurückstellung „des Kaufgegenstandes“ als solchen ist daher regelmäßig **mangels Identität** des Unternehmens unmöglich⁴⁷⁰.

Darüber hinaus hatte der Erwerber in der Zwischenzeit die Gelegenheit, Einblick in die Interna und **Geschäftsgeheimnisse** des Unternehmens zu nehmen. Bei einer Rückabwicklung könnte die erlangte Information zu Nachteil des Veräußerers verwendet werden⁴⁷¹.

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass mit dem Kaufgegenstand in der Zwischenzeit gewirtschaftet wurde und unternehmerische Entscheidungen getroffen wurden. Es ist also dem Unternehmensträger zwischen dem wirtschaftlichen Stichtag und der Rückabwicklung entweder ein Gewinn oder Verlust entstanden, für den bei der Rückabwicklung ein **bereicherungsrechtlicher Ausgleich** vorgenommen werden muss⁴⁷². Die Frage, ob und wie ein derartiger Ausgleich für erfolgte Wertverschiebungen stattfinden soll, bereitet in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten und ist nicht vollständig geklärt⁴⁷³.

Zum einen ist denkbar, dass der Erwerber in der Zwischenzeit **Gewinne** erwirtschaftet hat. Da bei der Wandlung der Vertrag rückwirkend beseitigt wird, ist auch der Rechtsgrund für das Behalten dieser Vermögensverschiebung weggefallen⁴⁷⁴. Die Gewinne müssten an den Veräußerer herausgegeben werden. Dies erscheint dann nicht gerechtfertigt, wenn der Erwerber durch eigenes unternehmerisches Engagement einen wesentlichen Beitrag zur Gewinnerzielung geleistet hat. Umgekehrt müsste der Veräußerer die Vorteile, die er aus der Nutzung des Kaufpreises gezogen hat (Zinsen), herausgeben. Der OGH⁴⁷⁵ vereinfacht das

⁴⁶⁷ Welser/Jud, Reform des Gewährleistungsrechts 88.

⁴⁶⁸ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 40.

⁴⁶⁹ Wiedenbauer/Klauninger, *ecolex* 2003, 398.

⁴⁷⁰ Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 654.

⁴⁷¹ Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 57, zur irrtumsrechtlichen Rückabwicklung.

⁴⁷² I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 42.

⁴⁷³ Puck, Der Unternehmenskauf 89 ff.

⁴⁷⁴ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 48.

⁴⁷⁵ OGH 7 Ob 672/86, JBl 1987, 513.

Problem, indem er bei **Redlichkeit** der Parteien davon ausgeht, dass die Vorteile, die aus der Leistung und aus der Gegenleistung gezogen wurden, gleichwertig sind und einander wechselseitig aufwiegen. Nach dieser Idee kann die Rückabwicklung daher grundsätzlich ohne Ausgleich erfolgen. Ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von der Verpflichtung zur Rückabwicklung müssen die jeweils erzielten Vorteile herausgegeben werden. Bei **Unredlichkeit** sind allerdings auch nicht sämtliche Vorteile an den Vertragspartner abzuführen. Diejenige Vermögensmehrung, zu der er einen **gewichtigen eigenen Beitrag** (Arbeit, Know How, unternehmerisches Engagement) geleistet hat, kann er behalten⁴⁷⁶.

Eine weitere Schwierigkeit der Wandlung besteht darin, dass der Erwerber in der Zwischenzeit häufig persönliche **Verpflichtungen, zB Haftungen**, eingegangen ist, aus denen er freigestellt werden muss. Die **Freistellung** kann an der erforderlichen Zustimmung des Dritten, zB der Bank, scheitern⁴⁷⁷.

Ist die Rückabwicklung aus den unterschiedlichsten Gründen (faktisch) unmöglich, macht dieser Umstand sie nicht unzulässig, jedoch ergeben sich höchst komplexe und nicht restlos geklärte Fragestellungen, insb im Zusammenhang mit der so genannten **Zwei-Konditionen Theorie**, die nach hM bei Unmöglichkeit der Rückabwicklung zur Anwendung gelangen soll⁴⁷⁸.

In der Praxis des Unternehmenskaufes besteht daher eine Präferenz für einen **monetären Ausgleich** in der Form einer Preisminderung oder Schadenersatz. Die Möglichkeit zur Wandlung sollte vertraglich beschränkt werden. Sie wird idR wegen der Übernahme des unternehmerischen Risikos ab *Closing* ausgeschlossen⁴⁷⁹. In besonders gravierenden Fällen, nämlich wenn der Kaufgegenstand als solcher für den Erwerber schlechthin unbrauchbar ist, zB fehlendes Eigentum des Veräußerers, fehlende Konzession, Fehlende Ertragskraft (sofern der Veräußerer dafür einzustehen hat), sollte dem Erwerber jedoch die Möglichkeit bleiben, die Rückabwicklung des Vertrages zu verlangen. Für diese Fälle ist es erforderlich, die Vorgehensweise bei der Rückabwicklung genau zu regeln (s ausführlich Punkt 4.4.3).

2.1.3 Berechnung des Kaufpreisminderungsanspruchs

Jedoch führt auch der Rechtsbehelf der **Kaufpreisminderung** zu praktischen Schwierigkeiten, wenn sich der Wert des mangelhaften Unternehmens nicht leicht ermitteln lässt. Zur Wiederherstellung der subjektiven Äquivalenz ist nämlich nach der **relativen Berechnungsmethode** der Wert des mangelfreien Unternehmens im Verhältnis zum Wert des mangelhaften Unternehmens dem vereinbarten Kaufpreis gegenüberzustellen. Ziel ist es, die subjektive Äquivalenz, das subjektive Wertverhältnis, das die Parteien dem Vertrag zugrunde gelegt haben und das durch den Mangel gestört wurde, wiederherzustellen. Dabei hat sich der

⁴⁷⁶ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 48; das Bereicherungsrecht hat nicht den Zweck, dass der Veräußerer das Geschäft seines Lebens macht: OGH 1 Ob 65/97h, ecolex 1997, 574.

⁴⁷⁷ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 49.

⁴⁷⁸ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 298 ff; s hierzu I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 49.

⁴⁷⁹ Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 86.

objektive Wert des mangelfreien Kaufgegenstandes zum ursprünglich vereinbarten Preis gleich zu verhalten wie der objektive Wert des mangelhaften Kaufgegenstandes zum geminderten Preis⁴⁸⁰.

Beim Unternehmenskauf bestehen allerdings erhebliche Schwierigkeiten bei der Feststellung des objektiven Werts des mangelfreien sowie des mangelhaften Unternehmens⁴⁸¹. Zum einen bestehen **unterschiedliche Bewertungsmethoden**, wobei in der Praxis idR den Ertragswertverfahren der Vorzug gegenüber den Substanzwertverfahren eingeräumt wird⁴⁸². Zum anderen ist die Berechnung der Kaufpreisminderung besonders schwierig, wenn aufgrund der Mangelhaftigkeit eines einzelnen Wirtschaftsgutes deren **Auswirkung auf den Gesamtwert des Unternehmens** und im Fall des Anteilskaufs in weiterer Folge die Auswirkung auf den **Wert des erworbenen Anteils** festzustellen ist. Dies insb deshalb, da der Substanzwert des einzelnen Vermögensgegenstandes bei der **Kaufpreisberechnung** im Wege der Unternehmensbewertung eben regelmäßig nur am Rande Berücksichtigung findet⁴⁸³. Oft erfolgt nämlich die Bewertung des Unternehmens zum Zweck der Kaufpreisermittlung unter Heranziehung von **Multiples** oder – aufwendiger – unter Anwendung einer **Discounted Cash Flow Methode**.

Ein einfaches **Beispiel** für die Verdeutlichung der Thematik wäre ein Fall, in dem – wie es häufig vorkommt – der Kaufpreis für das Unternehmen bzw die Anteile im Einvernehmen der Parteien unter Anwendung eines branchenüblichen vereinbarten Multiplikators auf das EBIT des Unternehmens ermittelt wurde. Tritt in weiterer Folge ein Mangel zutage, der zB darin besteht, dass ein Gebäude tatsächlich einen wesentlich geringeren Wert hat, weil eine außerplanmäßige Abschreibung entgegen zwingender Rechnungslegungsvorschriften nicht vorgenommen worden war, so beträgt aus Sicht des Käufers der Wertverlust seines erworbenen Anteils mehr als der Betrag der unterlassenen Abschreibung. Denn die Abschreibung wirkt sich negativ auf das EBIT aus, das wiederum der Kaufpreisberechnung zugrunde gelegt worden war.

Eine sachgerechte Lösung müsste daher bei der Ermittlung des Kaufpreisminderungsanspruchs **dasselbe Rechenwerk** anwenden wie es ursprünglich der Kaufpreisermittlung zugrunde gelegt wurde. Ob die Anwendung der **subjektiven** Berechnungsparameter jedoch nur anzuwenden sind, wenn dies die Parteien vertraglich vereinbart haben und bei Anwendung der gesetzlich vorgesehenen Äquivalenzmethode eine **objektive** Wertermittlung (nach welchen Kriterien bzw welcher Methode?) vorzunehmen ist, erscheint fraglich. Oft wird jedoch über den **hypothetischen Parteiwillen** ein Ausweg

⁴⁸⁰ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 77; I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 43.

⁴⁸¹ Puck, Der Unternehmenskauf 84 f.

⁴⁸² Auch die Heranziehung der steuerlichen Teilwerte ist nach Auffassung von Kepplinger und Duursma, ZfRV 2001, 86 mwN in FN 115, unpassend, da sich diese mehr an der Abnutzbarkeit als Grundlage für die Abschreibung orientiert als am Wert der Einzelgüter. Teilwerte sollen nach dieser Auffassung nur relevant sein, wenn dies von den Parteien ausdrücklich vereinbart wurde.

⁴⁸³ Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 86.

gefunden werden können, denn vernünftige Parteien würden wohl an die Reduktion des Kaufpreises dieselben Maßstäbe anlegen wie an dessen ursprüngliche Berechnung.

Bei Verwendung von branchenüblichen Multiples ist demnach die Auswirkung des Mangels auf die Bemessungsgrundlage, auf die der Multiple angewendet wurde, zu bestimmen. Oftmals sind dies Werte aus der Gewinn- und Verlustrechnung, wie zB EBIT oder der Jahresüberschuss vor Steuern. Noch aufwendiger ist die Berechnung, wenn eine Discounted Cash Flow Methode angewendet wurde, dann ist nämlich die Auswirkung des Mangels auf die Zahlungsströme der Folgejahre, welche konkret geschätzt (und nicht extrapoliert) wurden, zu bestimmen. Dies kann insb bei Mängeln, die **Periodenverschiebungen** zur Folge haben, wie zB im soeben beschriebenen Fall der außerplanmäßigen Abschreibung⁴⁸⁴, zu Schwierigkeiten führen, wobei bei wesentlichen Beträgen auch diesbezügliche **Zinseffekte** sowie die Auswirkungen auf die **Steuerbelastung**, die ja ebenfalls in die Cash Flows einzubeziehen ist, berücksichtigt werden müssen.

Die Anwendung insb der Multiple Methode kann freilich dazu führen, dass die Kosten der Verbesserung im Unternehmen selbst (Mangelbehebungskosten) wesentlich geringer ausfallen würden als der korrespondierende Preisminderungsanspruch. Dies kann zu einem Wertungswiderspruch führen.

Ist die Berechnung des Wertes des mangelhaften Unternehmens nicht möglich oder mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden, so hat das Gericht die Möglichkeit, die Höhe des Anspruchs gemäß § 273 Abs 1 ZPO auf Antrag oder von Amts wegen **nach seiner freien Überzeugung festzusetzen**⁴⁸⁵. Die Behauptungs- und Beweislast verbleibt jedoch beim Kläger⁴⁸⁶. Bei der Beurteilung, ob unverhältnismäßige Schwierigkeiten vorliegen, sind die mit der Beweisaufnahme verbundenen Kosten, Zeit und Arbeit zu berücksichtigen. Die Voraussetzungen werden allerdings in der Praxis bisweilen recht großzügig gehandhabt⁴⁸⁷. Unzulässig ist die Festsetzung nach freier Überzeugung des Gerichts jedenfalls dann, wenn sich der Wert des mangelhaften und des mangelfreien Unternehmens(teils) durch einen Sachverständigen ermitteln lässt und anschließend der Preisminderungsanspruch durch Anwendung der relativen Berechnungsmethode festgestellt werden kann⁴⁸⁸.

Eine **vertragliche Regelung** darüber, wie der Minderungsbetrag zu ermitteln ist, ist zwar sowohl in ihrer Konzeption als auch in ihrer Anwendung aufwendig, ab gewissen Investitionsbeträgen und Risiken jedoch aufgrund der andernfalls bestehenden Rechtsunsicherheit jedenfalls zu empfehlen. Voraussetzung ist jedenfalls, dass die Parteien die Parameter und Methode der Kaufpreisberechnung offenlegen.

Es besteht auch die vereinfachende Möglichkeit, vertraglich zu vereinbaren, dass die Kosten der Mangelbehebung als Kaufpreisminderung geltend gemacht werden können. Ohne

⁴⁸⁴ Eine hohe außerplanmäßige Abschreibung in einem Jahr mindert den Bilanzansatz und führt zu geringeren planmäßigen Abschreibungen in den Folgejahren.

⁴⁸⁵ OGH 1 Ob 533/94 HS 25.786.

⁴⁸⁶ OGH 3 Ob 236/01d, immolex 2003/96.

⁴⁸⁷ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 45.

⁴⁸⁸ OGH 3 Ob 236/01d, immolex 2003/96.

entsprechende Vereinbarung besteht diese Möglichkeit nicht⁴⁸⁹! Es kann auch vereinbart werden, dass die Preisminderung im Wege eines prozentmäßigen Abschlags zu ermitteln ist⁴⁹⁰. Zu den vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten s näher Punkt 4.4.2.

2.2 Geltendmachung gesetzlicher Gewährleistungsansprüche

2.2.1 Verjährungsfrist

a) Dauer

Lehre und Rsp behandeln das Unternehmen hinsichtlich der Gewährleistungsfrist als **unbewegliche Sache**, sodass die längere Frist von **3 Jahren** zur Anwendung kommt⁴⁹¹. Dies gilt jedoch nur für lebende Unternehmen. Bei dauerhaft stillgelegten Unternehmen hingegen ist eine Differenzierung nach Objekten erforderlich⁴⁹².

Die dreijährige Frist gilt selbst dann, wenn der Mangel des Unternehmens in der Mangelhaftigkeit einer zum Unternehmen gehörigen beweglichen Sache besteht und dieser Mangel auf den Wert oder die Tauglichkeit des Unternehmens als Ganzes durchschlägt⁴⁹³. Die dreijährige Frist kommt weiters auch dann zur Anwendung, wenn das Unternehmend vorübergehend stillgelegt ist, wobei bei einem Zeitraum von 6 Monaten noch von einer vorübergehenden Stilllegung ausgegangen wird⁴⁹⁴.

Diese Frist wird von der hL auch für den **Beteiligungskauf** bejaht⁴⁹⁵, obwohl Ansprüche aus einem Forderungskauf grundsätzlich bereits in der kürzeren zweijährigen Frist verjähren. Diese Gleichbehandlung scheint allerdings nur hinsichtlich jener Mängel sachgerecht, die das Unternehmen selbst betreffen; bei **Rechtsmängeln des Anteils** gilt hingegen die **kürzere**

⁴⁸⁹ Welser/Jud, Die neue Gewährleistung § 932 Rz 41.

⁴⁹⁰ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 44.

⁴⁹¹ § 933 Abs 1 ABGB; OGH 3 Ob 520/94; OGH 4 Ob 1657, 1658/95, ecolex 1996, 247; dies wird allerdings jüngst in Frage gestellt, mit dem Argument, dass die seit dem GewRÄG 2001 geltende allgemeine Frist von zwei Jahren – gegenüber der früheren Sechsmonatsfrist – auch für den Unternehmenskauf ausreichend sei: ohne jedoch die Frage abschließend zu beantworten I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 64; ebenso Kogler, ecolex 2010, 239.

⁴⁹² Ofner in Schwimann, ABGB³ IV § 933 Rz 6; eine sechsmonatige Einstellung wurde vom OGH als vorübergehend angesehen: OGH RZ 1935, 14.

⁴⁹³ Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 86 mit Verweis auf Wilhelm, RdW 1985, 267; ebenso Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 Rz 4; Wilhelm, ecolex 2005, 741; OLG Wien 14 R 41/97w, NetV 1997, 19.

⁴⁹⁴ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 Rz 4 mit Verweis auf OGH SZ 68/152 sowie OGH HS 26.541.

⁴⁹⁵ Wilhelm, RdW 1985, 267; Reich-Rohwig/Thiery, ecolex 1991, 92 f; OGH 30.8.1995, 3 Ob 520/94, 559/95 ecolex 1996, 15 (Puck); für eine generelle zweijährige Frist sowohl beim *share* als auch beim *asset deal* s jüngst Kogler, ecolex 2010, 239.

zweijährige Frist⁴⁹⁶. Bei Erwerb einer unter 100 % liegenden Beteiligung ist fraglich, welche Frist zur Anwendung kommen soll. *Reischauer*⁴⁹⁷ etwa nimmt bei einer Mehrheitsbeteiligung ebenso wie auch bei einer Sperrminorität die dreijährige Frist an. Ebenso nimmt er beim Beteiligungserwerb von mehreren Veräußerern die längere Frist an, wenn die Verkäufe auch aus Sicht der Veräußerer eine Einheit bilden. Andernfalls sei jeder Anteilserwerb separat zu beurteilen. Zur Vermeidung von Unsicherheit empfiehlt sich hier eine explizite Regelung⁴⁹⁸.

Die Parteien können eine **Verkürzung oder Verlängerung** dieser Frist vereinbaren. Die Begründung hierfür ist, dass § 933 Abs 1 ABGB gegenüber der allgemeinen Regelung des § 1502 ABGB eine Spezialnorm darstellt⁴⁹⁹.

b) Fristbeginn

Der **Beginn der Frist** wird bei Sachmängeln mit Abschluss des Verfügungsgeschäfts ausgelöst⁵⁰⁰. Er ist für sämtliche Gewährleistungsbefehle, also primäre wie sekundäre, gleich⁵⁰¹. Ausschlaggebend ist der letzte Akt des **Verfügungsgeschäfts**, dh idR der Abschluss des Übernahmevertrags (*Closing, Completion*)⁵⁰². Denn ab diesem Zeitpunkt ist der Erwerber rechtlich in der Lage, die Beschaffenheit des Unternehmens, die beim Anteilskauf mit vereinbart war, zu überprüfen.

Für den **Anteilskauf** wird dies beim Erwerb nur einzelner Anteile im Hinblick auf § 78 Abs 1 GmbHG, demzufolge im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als Gesellschafter gilt, der im Firmenbuch aufscheint, in Frage gestellt⁵⁰³.

Grundsätzlich ist aber auch beim Anteilskauf der **Zeitpunkt des Kontrollerwerbs** und somit regelmäßig der Abschluss des **Verfügungsgeschäfts**, ausschlaggebend, also der Zeitpunkt, zu dem der Käufer die Gesellschafterstellung wirksam erwirbt und die gesellschaftsrechtlichen Kontrollrechte (zB Informationsrechte) ausüben kann⁵⁰⁴. Im Fall

⁴⁹⁶ *Puck*, Der Unternehmenskauf 111; *Reich-Rohwig/Thiery*, ecolex 1991, 92; *Wahl* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch M&A 495; offen lassend OGH 4 Ob 1657/95 ecolex 1996, 247 = SWK 1996, B 77 (Anm *Heidinger*).

⁴⁹⁷ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 933 Rz 4.

⁴⁹⁸ *I. Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 65.

⁴⁹⁹ *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 933 Rz 15.

⁵⁰⁰ *Reich-Rohwig/Thiery*, ecolex 1991, 92; dies gilt auch bei verborgenen Mängeln: OGH 1 Ob 536/90 JBl 1990, 648.

⁵⁰¹ *I. Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 59; aA *Ofner* in *Schwimann*, ABGB³ IV § 933 Rz 18, der annimmt, dass die Frist für die Preisminderung bzw Wandlung erst mit Verbesserungsverzug beginnt.

⁵⁰² *Wilhelm*, RdW 1985, 267.

⁵⁰³ *Heidinger*, SWK 1996, B 77 (Anm zu OGH 4 Ob 1657/95).

⁵⁰⁴ *Puck*, Der Unternehmenskauf 111; *Wilhelm*, RdW 1985, 267; OGH 3 Ob 520/94.

aufschiebender Bedingungen ist daher grundsätzlich nicht das *Signing* sondern erst der spätere Zeitpunkt des Bedingungseintritts (*Closing*) relevant⁵⁰⁵.

Problematisch scheint der Fall, wenn der Erwerber bereits nach dem *Signing* das Unternehmen faktisch führt, der dingliche Rechtsübergang aber (zB aufgrund aufschiebender Bedingungen) noch aussteht. Nach dem telos der gewährleistungsrechtlichen Verjährungsregel, demzufolge die Verjährung zu dem Zeitpunkt beginnen soll, ab dem der Käufer die Möglichkeit hat, die Kaufsache zu benutzen und den Mangel zu bemerken, sollte wohl eher auf den Zeitpunkt der faktischen Übergabe abgestellt werden als auf den dinglichen Rechtsübergang. Denn wenn der Erwerber das Unternehmen faktisch führt, ist er in der Lage vom Mangel Kenntnis zu erlangen und die Mangelhaftigkeit geltend zu machen. Es erscheint daher sachgerecht, die Verjährung ab diesem Zeitpunkt beginnen zu lassen. In Grenzfällen sollte jedoch zur Vermeidung von Unsicherheiten der Beginn der Verjährung vertraglich geregelt werden. Siehe dazu Punkt 4.8.1b).

Ist eine bestimmte Eigenschaft zugesagt, hat dies grundsätzlich auf die Frist keinen Einfluss⁵⁰⁶. Nur wenn die betreffende Eigenschaft bei der Übergabe **absolut nicht feststellbar** ist (zB Wintertauglichkeit; bei Unternehmen zB eine bestimmte Ertragsfähigkeit), beginnt die Frist erst im Zeitpunkt der **Erkennbarkeit** des Mangels (Wintereinbruch) zu laufen⁵⁰⁷. Es wird angenommen, die Parteien hätten den Fristbeginn **stillschweigend** hinausgeschoben⁵⁰⁸. In der Lit wird zT die Auffassung vertreten, bei ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften könne regelmäßig von einer derartigen stillschweigenden Vereinbarung ausgegangen werden⁵⁰⁹. In dieser Allgemeinheit erscheint mir diese Meinung, insb in Hinblick auf § 963 ABGB, wonach bei stillschweigenden Willenserklärungen unter Berücksichtigung aller Umstände kein vernünftiger Grund zu zweifeln bleiben darf, unzutreffend. Eine explizite vertragliche Regelung kann diesbezügliche Unklarheiten beseitigen.

Bei **Rechtsmängeln** beginnt die Frist erst mit dem Tag, an dem der Mangel dem Übernehmer **bekannt wird**⁵¹⁰. Beim Unternehmenskauf ist zu bedenken, dass, wie oben ausgeführt⁵¹¹, Rechtsmängel an einzelnen Teilen des Betriebsvermögens selbst bei Beeinträchtigung des gesamten Unternehmens stets als **Sachmängel**, nicht jedoch als Rechtsmängel des gesamten Unternehmens zu qualifizieren sind⁵¹². Nur Rechtsmängel, die das gesamte Unternehmen betreffen, wie zB öffentlichrechtliche Verbote, die sich auf die unternehmerische Tätigkeit als solche beziehen, unterliegen der Rechtsmängelhaftung. Auch beim Anteilskauf sind Mängel

⁵⁰⁵ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 57.

⁵⁰⁶ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 Rz 7.

⁵⁰⁷ RV 422 BIGNR 21. GP 20; Welser/Jud, Die neue Gewährleistung § 933 Rz 4.

⁵⁰⁸ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 Rz 3a; Welser/Jud, Die neue Gewährleistung § 933 Rz 4 f.

⁵⁰⁹ Wiedenbauer/Klauninger, ecolex 2003, 397.

⁵¹⁰ § 933 Abs 1 Satz 2 ABGB; Ofner in Schwimann, ABGB³ IV § 933 Rz 18; Puck, Der Unternehmenskauf 110.

⁵¹¹ Siehe Punkt 1.4.2.

⁵¹² Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 86; Fritz, SWK 2005, W 169.

des Unternehmens, selbst wenn sie auf den Anteil durchschlagen, stets Sachmängel und keine Rechtsmängel (s. Punkt 1.5)⁵¹³. Konsequenter Weise müsste daher auch die Frist für Sachmängel gelten und somit der Beginn der Verjährung mit dem Verfügungsgeschäft angenommen werden.

Ohne näher auf die Problematik der Differenzierung einzugehen, sind hingegen *I. Welser/Siegwart*⁵¹⁴ der Meinung, beim Anteilskauf wäre für den Gewährleistungsbeginn sowohl bei Rechtsmängeln am Anteil selbst als auch bei Rechtsmängeln betreffend das Gesellschaftsunternehmen jener Zeitpunkt maßgeblich, in dem die Berechtigung des Dritten unzweifelhaft feststehe.

Bekanntwerden des Rechtsmangels setzt voraus, dass mit der Durchsetzung der Berechtigung durch den Dritten **zu rechnen ist**⁵¹⁵. Nach Auffassung der OGH genügt es, dass berechnigte Forderungen Dritter und deren Geltendmachung mit **überwiegender Wahrscheinlichkeit** feststehen⁵¹⁶ bzw. bei öffentlichrechtlichen Mängeln mit der bescheidmäßigen Durchsetzung durch behördlichen Auftrag zu rechnen ist⁵¹⁷.

Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit sollte in Zweifelsfällen eine vertragliche Regelung getroffen werden, die den Beginn der Gewährleistungsfrist, bestenfalls mangelspezifisch, regelt.

c) Hemmung und Unterbrechung der Gewährleistungsfrist

Vergleichsverhandlungen hemmen die Verjährungsfrist, wobei nur der **Ablauf** der Frist, nicht jedoch der Fortlauf gehemmt wird. Es handelt sich um eine so genannte Ablaufhemmung. Scheitern die Verhandlungen, ist daher unmittelbar Klage einzubringen⁵¹⁸.

Da es in der Praxis häufig schwierig ist, nachzuweisen, von wann bis wann zwischen welchen Personen und über welche Mängel Vergleichsverhandlungen geführt wurden, und dann unter Umständen ein aufwendiges Beweisverfahren nur zum Thema der Verjährung erforderlich sein kann, sollte bei einem Risiko der Verjährung ein Vergleichsverzicht eingeholt oder vorsorglich innerhalb der Frist Klage eingebracht werden⁵¹⁹.

⁵¹³ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 933 Rz 8a; OGH 3 Ob 520/94 SZ 68/152 = EvBl 1996/8 = ecolex 1996, 15 (*Puck*); OGH 2 Ob 2140/96 ecolex 1996, 910.

⁵¹⁴ *I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 60.

⁵¹⁵ *Puck*, Der Unternehmenskauf 111; *Reich-Rohrwig/Thiery*, ecolex 1991, 2 f.

⁵¹⁶ OGH 10 Ob 21/08y, ecolex 2009/257.

⁵¹⁷ OGH 6 Ob 531/91, 552/92, ecolex 1992, 628.

⁵¹⁸ *Mader/Janisch in Schwimann*, ABGB³ VI Vor §§ 1494-1496 Rz 4; zB OGH 3 Ob 200/08w.

⁵¹⁹ S die Empfehlung von *I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 71.

Die **Klagseinbringung unterbricht** die Verjährung (§ 1497 ABGB). Voraussetzung hierfür ist, dass die Klage vor Fristablauf bei Gericht **einlangt**. Dies gilt auch für Schiedsklagen⁵²⁰.

Auch ein **Anerkenntnis** (deklarativ sowie konstitutiv⁵²¹; ausdrücklich oder stillschweigend⁵²²) **unterbricht** die Verjährung. Ein solches kann insb angenommen werden, wenn der Veräußerer die Behebung des Mangels zusagt oder einen Verbesserungsversuch unternimmt⁵²³. Will der Veräußerer die Unterbrechung vermeiden, sollte er ausdrücklich darauf hinweisen, dass die Verbesserung „aus Kulanz“ und nicht präjudiziell für allfällige Gewährleistungsansprüche erfolgt⁵²⁴. Für den Fall, dass bereits Verjährung eingetreten ist, kann ein Anerkenntnis mangels Klarstellung durch den Verkäufer als Verzicht auf die Einrede der Verjährung angesehen werden⁵²⁵.

2.2.2 Vermutung hinsichtlich des Zeitpunktes der Mangelhaftigkeit (Beweislastumkehr)

Prinzipiell sind anspruchsbegründende Tatsachen von demjenigen zu behaupten und zu beweisen, der den Anspruch geltend macht. Daher hat der Käufer die Mangelhaftigkeit zu behaupten und zu beweisen⁵²⁶.

Im Gewährleistungsrecht besteht allerdings eine gewisse Beweiserleichterung: Kommt der Mangel **binnen sechs Monaten** nach der Übergabe hervor, wird gem § 924 ABGB bis zum Beweis des Gegenteils **vermutet**, dass der Mangel **schon bei Übergabe vorhanden** war. Übergabe ist beim Unternehmenskauf regelmäßig der Zeitpunkt, zu dem der **dingliche Rechtsübergang** stattfindet. Dieser Zeitpunkt wird auch als **Closing** oder **Completion** bezeichnet. Problematisch und ungeklärt ist der Fall, dass der Erwerber bereits ab dem Zeitpunkt des *Signing* das Unternehmen faktisch führt⁵²⁷.

Gängig wird die Vermutung des § 924 ABGB als „Vermutung der Mangelhaftigkeit“ bezeichnet. Dies ist jedoch nicht präzise, da nach dem Wortlaut der Bestimmung nicht der Mangel selbst vermutet wird – für die Mangelhaftigkeit ist stets der Käufer beweispflichtig! – sondern lediglich, dass der Mangel, sofern ein solcher objektiv überhaupt vorliegt, bereits im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden war. Die Vermutung bezieht sich daher ausschließlich auf

⁵²⁰ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 66; OGH 5 Ob 30/66 SZ 39/63.

⁵²¹ ZB OGH 4 Ob 66/07w.

⁵²² ZB OGH 3 Ob 235/51; OGH 4 Ob 66/07w.

⁵²³ Kurschel, Die Gewährleistung beim Werkvertrag 106.

⁵²⁴ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 67.

⁵²⁵ M. Bydlinski, in Rummel, ABGB³ § 1497 Rz 4.

⁵²⁶ Siehe OGH 10 Ob 21/08y, ecolex 2009/257 zu Rechtsmängeln; I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 50 f.

⁵²⁷ Die Frage offen lassend I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 53.

den **Zeitpunkt**, nicht jedoch auf die Mangelhaftigkeit als solche⁵²⁸. Das Vorliegen eines Mangels ist sohin stets vom Erwerber zu beweisen. Ebenso dass der Mangel innerhalb von sechs Monaten hervorgekommen ist⁵²⁹.

Die Vermutung hinsichtlich des Zeitpunktes der Mangelhaftigkeit, wenn der Mangel binnen 6 Monaten nach Übergabe hervorkommt, hat seine Wurzel im **Verbraucherschutz**, es ist jedoch fraglich, ob sie beim Unternehmenskauf einem sachgerechten Interessenausgleich zwischen Käufer und Verkäufer entspricht⁵³⁰.

*Egermann/Winkler*⁵³¹ etwa meinen, die Regelung passe beim Unternehmenskauf deshalb nicht, da der Käufer aufgrund der durchgeführten Due Diligence-Prüfung einen guten Überblick über das Unternehmen habe und der Verkäufer nach der Übergabe typischer Weise keinen Zugang mehr zum Unternehmen hat; er sei daher mit einem Negativbeweis belastet, der außerhalb seiner Einfluss- und Wissenssphäre liegt. Die Beweislastumkehr sei daher beim Unternehmenskauf nicht gerechtfertigt. Die **Ausnahme des § 924 letzter Satz ABGB** komme daher zur Anwendung, wonach die Vermutung des Zeitpunkts der Mangelhaftigkeit nicht eintritt, wenn sie **mit der Art der Sache unvereinbar** ist. Nur so könne dem Telos der Regelung, nämlich dass die Beweislast der Beweishöhe folgen soll, zum Durchbruch verholfen werden.

Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, dass der angesprochene Negativbeweis kein Spezifikum des Unternehmenskaufs ist sondern der gesetzlichen Regelung in jedem Fall immanent ist, da ja im Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe der Verkäufer nicht nur bei Unternehmen sondern bei jedem anderen Kaufgegenstand gleichermaßen seine Verfügungsgewalt aufgibt und der Negativbeweis somit jedenfalls außerhalb seiner Einfluss- und Wissenssphäre liegt. Diese Erschwerung der Beweisführung hat der Gesetzgeber offenbar bewusst in Kauf genommen. Unvereinbarkeit mit der Art der Sache ist somit mE nicht zwingend gegeben. Zutreffend jedoch ist, dass der Gedanke des Verbraucherschutzes im Zusammenhang mit dem Unternehmenskauf kaum Raum hat und aus diesem Grund die Anwendung der Beweisregel in Frage gestellt werden könnte. Dem wiederum kann allerdings entgegengehalten werden, dass der Gesetzgeber bewusst von einer Umsetzung der einschlägigen EG-Richtlinie⁵³² im Verbraucherrecht Abstand genommen und sich dafür entschieden hat, die Regelungen im allgemeinen Zivilrecht einzufügen und sie damit allgemein zur Anwendung zu bringen. Damit dürfte auch dieses Argument entkräftet sein.

⁵²⁸ § 924 ABGB: „Der Übergeber leistet Gewähr für Mängel, die bei der Übergabe vorhanden sind. Dies wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, wenn der Mangel innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommt. [...]“; s OGH 8 Ob 124/08f (schadhafte Maschine); ausführlich *I. Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 52.

⁵²⁹ *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 924 Rz 8.

⁵³⁰ Dies verneinend etwa *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 354.

⁵³¹ *Egermann/Winkler*, RdW 2002, 197; diesen folgend *Wahl* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch M&A 494.

⁵³² Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter; diese bestimmt Mindeststandards für die Gewährleistung beim gewerblichen Verkauf an private Endverbraucher.

Eine andere Meinung⁵³³ hält die Anwendung der Beweislastumkehr auf den Unternehmenskauf aus dem Grund für fraglich, da bei **gebrauchten** Gütern die vermutete Bezugnahme auf den Zeitpunkt der Übergabe mit der **Art der Sache oder des Mangels unvereinbar** sein könnte. Wenn eine gebrauchte Sache, hier ein laufender Betrieb, verkauft wird, sei nicht jedes Abweichen vom Idealzustand als Mangel anzusehen. Diese Meinung übersieht jedoch, dass die Frage, ob ein gewisser Umstand als Mangel anzusehen ist, der Frage, ob die Mangelhaftigkeit bereits im Zeitpunkt der Übergabe gegeben war, vorgelagert ist. Es handelt sich um eine Vorfrage, die getrennt zu beurteilen ist. Bei gebrauchten Gütern werden andere gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften anzunehmen sein als bei fabriksneuen⁵³⁴, sodass bei Gebrauchtwaren bereits häufig die Mangelhaftigkeit zu verneinen sein wird⁵³⁵. Den Beweis, dass ein Mangel vorliegt, muss ohnehin der Erwerber erbringen. Die Frage ob eine gegebene Mangelhaftigkeit dann vermutet auf den Zeitpunkt der Übergabe bezogen werden kann, hat damit prinzipiell nichts zu tun und stellt sich dann auch häufig gar nicht mehr. Ob die Vermutung mit der Art der Sache bzw des Mangels vereinbar ist, muss sich richtigerweise im Einzelfall nach der Beschaffenheit der **konkret mangelhaften Sache** beurteilen. Die Frage kann daher mE nicht pauschal für den Unternehmenskauf bejaht oder verneint werden.

Solange die Auslegung jedoch nicht von Rsp oder Gesetzgeber klargestellt ist, sollte eine **klare vertragliche Regelung** getroffen werden. Unter Berücksichtigung der wechselseitigen Interessen scheint es gerechtfertigt, dem Käufer die Beweislast hinsichtlich der von ihm behaupteten Mängel und des Zeitpunkts der Mangelhaftigkeit aufzuerlegen.

In der Praxis empfiehlt sich die Durchführung einer sog ***Post Acquisition Due Diligence***, zum einen, um etwaige Ansprüche unverzüglich aufzudecken, und zum anderen zum Zweck der Beweissicherung, um nachweisen zu können, dass der Mangel bereits bei der Übergabe vorlag.

2.2.3 Gerichtliche Geltendmachung

Die Rechtsfolgen der Gewährleistung müssen vom Erwerber innerhalb der Gewährleistungsfrist **gerichtlich** entweder durch **Klage** oder durch **Einrede** geltend gemacht werden⁵³⁶.

Bei einem **Verbesserungsanspruch** hat der Käufer den Erwerber im Vorfeld zur Verbesserung innerhalb einer angemessenen Frist **aufzufordern**. Der Mangel ist konkret zu bezeichnen. Eine allgemein gehaltene Aufforderung ohne Konkretisierung, worin der Mangel

⁵³³ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 54, unter Verweis auf OGH 1 Ob 273/06p, ecolex 2007/210 (Reparatur an einem elfjährigen Pkw).

⁵³⁴ Zur Problematik der gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften beim Unternehmenskauf s bereits ausführlich Punkt 1.3.1.

⁵³⁵ Reich-Rohrwig/Thiery, ecolex 1991, 91; dies zugestehend auch I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 55.

⁵³⁶ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 79; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 Rz 1; Welser/Jud, Die neue Gewährleistung § 933 Rz 13 f.

besteht, ist unzureichend⁵³⁷. Dem Veräußerer steht es frei, zu entscheiden, **durch welche Handlungen** er die Verbesserung bewirkt, es sei denn der Kaufvertrag enthält dafür besondere Regelungen. Die diesbezügliche Freiheit des Verkäufers besteht natürlich nur im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben, insb dass die Verbesserung mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer zu bewirken ist. Bspw darf der laufende Betrieb nicht mehr als nötig gestört werden, Betriebsgeheimnisse sind zu wahren, die Dringlichkeit ist zu berücksichtigen etc⁵³⁸.

Das **Wandlungsbegehren** ist ein Gestaltungsbegehren. Die Wirkung wird nach der Rsp erst mit Rechtskraft des begehrenden Urteils herbeigeführt. Das Urteil beseitigt den Vertrag mit schuldrechtlicher Wirkung *ex tunc* und begründet einen Anspruch auf Rückübertragung⁵³⁹. Das Gestaltungsbegehren ist daher nicht feststellungsfähig⁵⁴⁰. *Reischauer*⁵⁴¹ ist anderer Meinung und anerkennt eine außergerichtliche Gestaltung. Wurde eine Klage auf Rückzahlung aus dem Rechtsgrund der Wandlung eingebracht und stimmt der Kläger während des Prozesses einer Verbesserung zu, so liegt darin ein Verzicht auf die Wandlung. Die Klage ist auf Verbesserung abzuändern. Wurde die Verbesserung vorgenommen, ist sie auf Kosten einzuschränken. Andernfalls wäre die Klage abzuweisen⁵⁴².

Auch die **Preisminderung** ist ein Gestaltungsrecht. Das der Klage auf Herabsetzung des Kaufpreises stattgebende Urteil ändert den Vertrag entsprechend ab⁵⁴³.

Das Wandlungsbegehren ist gegenüber der Preisminderung ein **aliud**, eine entsprechende Umstellung während des Prozesses daher eine **Klagsänderung**^{544,545}. Klagsänderungen sind nach stRsp im Sinne der Prozessökonomie tunlichst zuzulassen⁵⁴⁶.

Von der Jud wird jedoch ein explizites Begehren auf Rechtsgestaltung nicht gefordert, sondern **es genügt eine Leistungsklage auf Rückzahlung** des gesamten oder teilweisen

⁵³⁷ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 33.

⁵³⁸ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 34.

⁵³⁹ OGH 3 Ob 174/74; OGH 2 Ob 131/98y; OGH 7 Ob 270/08v.

⁵⁴⁰ OGH 6 Ob 653/86 JBl 1987, 383 = NZ 1987, 204.

⁵⁴¹ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 933 Rz 1 f unter Verweis auf die wertungsmäßige Einheit mit § 918 ABGB.

⁵⁴² OGH 6 Ob 217/07s, ecolex 2008/74.

⁵⁴³ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 101 mit Verweis auf *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag 116, sowie auf *Gschnitzer* in *Klang* IV/1, 538; aA offenbar *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 933 Rz 10 (teilweise Aufhebung des Vertrages).

⁵⁴⁴ § 235 Abs 3 ZPO.

⁵⁴⁵ OGH 2 Ob 566/90 ecolex 1990, 606; aA *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 933 Rz 10: Das Preisminderungsbegehren stellt gegenüber dem Wandlungsbegehren ein Minus dar.

⁵⁴⁶ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 104.

Kaufpreises, da nach Auffassung des OGH das Rechtsgestaltungsbegehren im Leistungsbegehren **konkludent enthalten** ist⁵⁴⁷.

Da der Beginn der **Gewährleistungsfrist** für primäre und sekundäre Gewährleistungsbefehle gleich ist⁵⁴⁸, muss der Erwerber zur Fristwahrung ein **Feststellungsbegehren** erheben, wenn eine Leistungsklage noch nicht möglich ist⁵⁴⁹. Dies ist insb der Fall, wenn Art und Umfang des Mangels noch nicht feststehen⁵⁵⁰. Wie oben bereits erwähnt, besteht allerdings auch Jud dahin gehend, dass das Wandlungsbegehren als Rechtsgestaltungsbegehren nicht feststellungsfähig ist⁵⁵¹.

Im Laufe des Prozesses kann nach hA auch noch nach Fristablauf auf einen anderen Gewährleistungsbefehl **umgestellt** werden, zB von Wandlung auf Preisminderung oder von Verbesserung auf Wandlung oder Preisminderung, ohne dass ein Verjährungsrisiko besteht⁵⁵². In der Praxis empfiehlt sich dennoch die Geltendmachung verschiedener Gewährleistungsbefehle in der Form von **Haupt- und Eventualbegehren**.

Die **Gewährleistungsfristen** sind, da es sich – seit dem GewRÄG 2001 nun explizit – um Verjährungsfristen handelt, im Prozess nicht von Amts wegen wahrzunehmen⁵⁵³. Gem § 933 Abs 3 ABGB **perpetuiert die rechtzeitige Anzeige des Mangels die Einrede** der Gewährleistung. Die Mängelanzeige muss ausreichend konkretisiert sein und kann in jeder geschäftsüblichen Form erfolgen. Die rechtzeitige Absendung reicht aus⁵⁵⁴.

Zur **Streitverkündung** und **Nebenintervention** iZm dem in der Praxis relevanten Fall der Ansprüche Dritter (*third party claims*) s unter Punkt 4.7.

2.3 Gesetzlicher Schadenersatzanspruch

Zur Konkurrenz zwischen Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüchen sowie zum Tatbestand des Schadenersatzanspruches s bereits ausführlich Punkt 1.10. An dieser Stelle ist nun auf die Rechtsfolgende Seite einzugehen.

⁵⁴⁷ OGH 6 Ob 632/82; OGH 6 Ob 639/88; *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag 118; *I. Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 102.

⁵⁴⁸ Siehe oben Punkt 2.2.1.

⁵⁴⁹ OGH 5 Ob 664/80; OGH 6 Ob 591/89; *I. Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 106 ff mwN sowie ausführlich zum Erfordernis des Feststellungsinteresses.

⁵⁵⁰ *Wahl* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 492.

⁵⁵¹ OGH 6 Ob 653/86 JBl 1987, 383.

⁵⁵² *I. Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 59 und 105 mwN zur Jud.

⁵⁵³ *Ofner* in *Schwimann*, ABGB³ IV § 933 Rz 13; *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 933 Rz 11 f.

⁵⁵⁴ OGH 1 Ob 479/60; *I. Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 112 f; jedoch für das Erfordernis des rechtzeitigen Zugangs der Mängelanzeige *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 933 Rz 8.

2.3.1 Naturalrestitution

Liefert der Veräußerer mangelhaft, begeht er eine Vertragsverletzung und macht sich schadenersatzpflichtig, sofern er schuldhaft gehandelt hat. Auch der Schadenersatzanspruch hinsichtlich des Mangelschadens ist primär auf **Naturalrestitution** gerichtet⁵⁵⁵. Erst **subsidiär** ist **Geldersatz** vorgesehen, nämlich wenn Verbesserung und Austausch unmöglich sind, bei Unverhältnismäßigkeit für den Veräußerer, Verweigerung der Verbesserung bzw. Fristversäumnis oder Unzumutbarkeit für den Erwerber⁵⁵⁶.

Dies entspricht daher im Wesentlichen dem primär auf Verbesserung gerichteten Gewährleistungsanspruch⁵⁵⁷. Die damit im Zusammenhang stehenden Probleme wurden bereits unter Punkt 2.1.1 eingehend erläutert. Darauf kann daher verwiesen werden.

Ersetzen die geltend gemachten Verbesserungskosten nur den Verbesserungsanspruch, gerichtet auf Ersatz der Kosten der (mit zumutbaren Mitteln) bloß **teilweise möglichen Verbesserung**, dann kann daneben für den noch verbleibenden Mangel ein Preisminderungsanspruch zuerkannt werden, weil durch die Erfüllung des Schadenersatz- und des Preisminderungsanspruchs soweit keine Bereicherung des Erwerbers eintritt⁵⁵⁸.

2.3.2 Erfüllungsinteresse – Vertrauensschaden; Mangelschaden – Mangelfolgeschaden

Zu beachten sind folgende Unterschiede zwischen Schadenersatz- und Gewährleistungsrecht: Schadenersatzrechtlich haftet der Veräußerer grundsätzlich für das **Erfüllungsinteresse**, dh er hat den Erwerber so zu stellen, wie dieser stünde, wenn der Veräußerer ordnungsgemäß erfüllt hätte⁵⁵⁹. Dies gilt zumindest für **behebbarer** Mängel.

Im Rahmen des Erfüllungsinteresses kann der Käufer nicht nur wegen des Mangels selbst den Ersatz des so genannten **Mangelschadens** verlangen, sondern er kann – im Unterschied zur Gewährleistung – auch den Ersatz von **Mangelfolgeschäden** begehren. Mangelfolgeschäden sind sämtliche weiteren Nachteile, die dem Erwerber aus der Mangelhaftigkeit der Sache in seinen sonstigen Rechtsgütern entstehen⁵⁶⁰. Beispiele für Mangelfolgeschäden sind etwa ein entgangener Gewinn, frustrierte Aufwendungen, Kosten der Rückstellung bei Wandlung etc. Anspruchskonkurrenz zwischen Schadenersatz und Gewährleistung besteht daher grundsätzlich nur hinsichtlich des Mangelschadens. Dies wird bisweilen übersehen.

Bei anfänglich (dh im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses) **unbehebbarer** Mängeln hingegen steht aus Gründen der Kausalität nur der Ersatz des **Vertrauensschadens** (aus *culpa in contrahendo*) zu, da der Pflichtverstoß des Veräußerers darin besteht, nicht über die

⁵⁵⁵ § 933a Abs 2, § 1323 ABGB.

⁵⁵⁶ Siehe die Fälle des § 933a Abs 2 ABGB.

⁵⁵⁷ Welser/Jud, Die neue Gewährleistung § 933a Rz 7.

⁵⁵⁸ OGH 6 Ob 308/97f RdW 1998, 606.

⁵⁵⁹ Grundsätzlich bereits Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung; I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 72.

⁵⁶⁰ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 87; Kurschel, Die Gewährleistung beim Werkvertrag 140.

Mangelhaftigkeit aufgeklärt zu haben⁵⁶¹. Ein Beispiel für einen anfänglich unbehebbarer Mangel ist die fehlende Ertragsfähigkeit des Unternehmens (sofern eine solche zugesichert wurde)⁵⁶². Der Vertrauensschaden bei unbehebbarer Mängeln besteht regelmäßig in Höhe der **Kaufpreisdifferenz** sowie in sonstigen **frustrierten Aufwendungen**, die der Erwerber im Vertrauen auf die Vertragskonformität getätigt hat, nicht jedoch in Form des entgangenen Geschäftsgewinns. Derartige Schäden sind **Mangelfolgeschäden**⁵⁶³. Zum Schadenersatzanspruch aus *culpa in contrahendo* s bereits ausführlich Punkt 1.10.2c).

2.3.3 Umfang des Schadenersatzanspruchs und Anspruchsberechnung

Steht der Ersatz des **Erfüllungsinteresses** zu, hat der Erwerber einen Anspruch darauf, so gestellt zu werden wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung stünde. Daher ist der **Verbesserungsaufwand nicht** auf die Höhe der **objektiven Wertminderung** beschränkt⁵⁶⁴. Der Schadenersatzanspruch kann daher im Extremfall sowohl den Kaufpreis übersteigen als auch den Wert des Kaufgegenstandes, sodass der Mangel unter Umständen sogar zu einem negativen Verkehrswert führt. ZB im Bereich der Umwelthaftung kann dies der Fall sein, wenn Altlasten erheblichen Sanierungsaufwand und Kosten in vielfacher Höhe des (mangelfreien) Grundstückwertes zur Folge haben⁵⁶⁵. Der Verkäufer hat daher ein erhebliches Interesse daran, seine Haftung für geheime Mängel vertraglich – entweder dem Grunde oder zumindest der Höhe nach – zu beschränken⁵⁶⁶.

Lässt der Erwerber einen behebbaren Mangel tatsächlich nicht beheben, so sind **fiktive Schadensbehebungskosten** nach Auffassung des OGH zwar zulässig, jedoch mit der Höhe der Wertminderung begrenzt, um keine ungerechtfertigte Bereicherung des Erwerbers zu bewirken⁵⁶⁷.

Darüber hinaus können Ersatzansprüche bereits geltend gemacht werden, **bevor** der Schaden behoben wurde. Der Schadenersatzanspruch entsteht nämlich bereits durch das Vorhandensein des Mangels⁵⁶⁸.

Der **sekundäre Geldersatz** besteht bei behebbaren Mängeln regelmäßig im Ersatz der **Mangelbehebungskosten**⁵⁶⁹. Hierbei ist es nicht erforderlich, dass der Erwerber wegen Verbesserungsverzugs vom Vertrag zurücktritt⁵⁷⁰.

⁵⁶¹ Welser/Jud, Die neue Gewährleistung § 933a Rz 12; OGH 6 Ob 531/91, ecolex 1992, 628.

⁵⁶² Puck, ecolex 1995, 247; I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 75.

⁵⁶³ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 93; 6 Ob 141/03h, RdW 2004/57 (Verjährungsbeginn mit Vorhersehbarkeit).

⁵⁶⁴ OGH 2 Ob 2140/96m, ecolex 1996, 910 (Sanierungskosten eines Palais).

⁵⁶⁵ Siehe dazu Pilgerstorfer, ÖJZ 2001, 373.

⁵⁶⁶ Siehe dazu ausführlich Punkt 3.4 und Punkt 4.6.1e).

⁵⁶⁷ OGH 6 Ob 134/08m, JBl 2008, 786 (fiktive Schadensbehebungskosten); bereits OGH 6 Ob 565/92 ecolex 1993, 377 (Welser) = JBl 1993, 786; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 90.

⁵⁶⁸ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 81.

Wie bereits ausgeführt, ist im Rahmen des Erfüllungsinteresses der tatsächliche **Verbesserungsaufwand nicht** auf die Höhe der **objektiven Wertminderung** beschränkt. Dies gilt allerdings nicht, wenn der primäre Anspruch auf Naturalrestitution aufgrund der Unverhältnismäßigkeit der Verbesserungskosten scheiterte. In einem solchen Fall besteht bloß ein Anspruch auf Ersatz der Wertminderung⁵⁷¹.

Der Erwerber kann alternativ auch die **Wertdifferenz** zwischen mangelhafter und mangelfreier Leistung verlangen. Diese ist – ebenso wie der gewährleistungsrechtliche Kaufpreisminderungsanspruch – durch Anwendung der **relativen Berechnungsmethode** zu ermitteln⁵⁷².

Im Fall der Anwendung unterschiedlicher Methoden der Unternehmensbewertung, wie zB der Multiple Methode, kann es aufgrund des Multiplikatoreffekts dazu kommen, dass die Kosten der Mangelbeseitigung im Unternehmen selbst (Naturalrestitution) wesentlich geringer ausfallen als der Schaden des Erwerbers im Hinblick auf die Differenz des Unternehmenswertes. Dies ist bei der **Vertragsgestaltung** zu berücksichtigen, insb wenn der Erwerber nach der vertraglichen Regelung berechtigt sein soll, unmittelbar Geldersatz zu verlangen, ohne dass der Veräußerer die vorherige Möglichkeit zur Verbesserung erhält.

Darüber hinaus ist wesentlich, sich bei der Vertragsgestaltung vor Augen zu halten, dass nach dem gesetzlichen Konzept der gewährleistungsrechtliche Kaufpreisminderungsanspruch und ein konkurrierender Schadenersatzanspruch nicht nur steuerlich unterschiedlich behandelt werden sondern auch die Berechnung des Anspruchs unterschiedlich sein kann, je nachdem ob subjektive Berechnungselemente der Parteien berücksichtigt werden oder die Berechnung rein objektiv erfolgt. Dies sollte bei der Wahl bzw Ausgestaltung der Rechtsfolgen berücksichtigt werden.

Ist eine Mangelbehebung nicht möglich oder unverhältnismäßig und ist das Unternehmen damit praktisch **wertlos**, so kann der Erwerber nach der jüngeren Lit und Rsp auch über das Schadenersatzrecht eine **Rückabwicklung des Vertrages** erreichen⁵⁷³. Die Argumentation erfolgt über die **Lehre vom frustrierten Aufwand** und wird als „**schadenersatzrechtliche Wandlung**“ bezeichnet. Der Verkäufer hat durch seine mangelhafte Leistung bewirkt, dass der Kaufpreis frustriert ist. Der Schaden, den der Erwerber durch die Mangelhaftigkeit des

⁵⁶⁹ OGH 2 Ob 2140/96m, ecolex 1996, 910 (Sanierungskosten eines Palais); OGH 10 Ob 2066/96p, immolex 1997, 281 (Dekontaminierungskosten).

⁵⁷⁰ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 81.

⁵⁷¹ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 82.

⁵⁷² Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 90; I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 82.

⁵⁷³ Jaksch-Ratajczak, ÖJZ 2000, 798; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³, 35 f und II¹³ 20, 90; Pletzer, JBl 2002, 545; Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung 35; Welser/Jud, Die neue Gewährleistung § 933a Rz 20; I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 83; OGH 1 Ob 599/93 ÖBA 1994, 558 (Apathy) = wbl 1994, 273 (Hammerer); OGH 1 Ob 540/95 ecolex 1995, 480; zur alternativen Konkurrenz gegenüber der Irrtumsanfechtung Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 58.

Unternehmens erleidet, kann dadurch **in natura** beseitigt werden, dass das Unternehmen an den Veräußerer zurückgestellt wird. Der Erwerber hat dann einen Anspruch auf Rücknahme durch den Veräußerer⁵⁷⁴. Ist Naturalrestitution untunlich, besteht ein Anspruch auf Geldersatz in Höhe der **Liquidationskosten**⁵⁷⁵. Diese sind als Mangelfolgeschaden zu qualifizieren, der – wie oben ausgeführt – vom Erfüllungsinteresse erfasst ist.

Der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse umfasst auch den **entgangenen Gewinn**. Ein solcher ist grundsätzlich nur bei grobem Verschulden (grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz) zu ersetzen. Bei leichter Fahrlässigkeit gebührt nur der Ersatz des **positiven Schadens**. Allerdings besteht bei **beidseitig unternehmensbezogenen Geschäften** gem § 349 UGB bereits bei **leichter Fahrlässigkeit** ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns. Ein solcher kann beim Unternehmenskauf zB in einem entgangenen Weiterveräußerungserlös bestehen, in nicht erhaltenen Aufträgen oder in Umsatzeinbußen aufgrund von mangelhaften Sachanlagen⁵⁷⁶. Auch der entgangene Gewinn ist ein **Mangelfolgeschaden**. Ist bei **Mangelfolgeschäden** der Nachweis der adäquaten Verursachung sowie der Schadenshöhe generell problematisch, so ist ein entgangener Gewinn praktisch nahezu unbeweisbar⁵⁷⁷.

Auch Aufwendungen des Erwerbers, die im Zuge einer **Wandlung** wegen **unbehebbarer** Mängel anfallen, sind **Mangelfolgeschäden**. Dazu zählen bspw die **Kosten der Rückstellung**⁵⁷⁸. Im Zusammenhang mit der Wandlung entstehen häufig weitere Mangelfolgeschäden in Form von **frustrierten Aufwendungen**. Der Erwerber kann diese als **Vertrauensschaden** geltend machen⁵⁷⁹: Die Aufwendungen wurden von ihm im Vertrauen auf die Vertragsgemäßheit des Kaufgegenstandes getätigt und sind für ihn infolge der Mangelhaftigkeit und weiteren Rückstellung wertlos geworden.

Zur Verjährungsproblematik von Mangelfolgeschäden s sogleich Punkt 2.4.1.

2.4 Geltendmachung des gesetzlichen Schadenersatzanspruchs

2.4.1 Verjährungsfrist

Für die Verjährung gelten die allgemeinen Regeln des § 1489 ABGB. Danach verjähren Schadenersatzansprüche in **drei Jahren** ab Kenntnis von Schaden und Schädiger.

Hinsichtlich des Mangelschadens besteht der wesentliche Vorteil gegenüber der Gewährleistungsfrist, die bereits ab Übergabe läuft, darin, dass die Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche erst **mit Kenntnis des Schadens** (und des Schädigers, der ja als

⁵⁷⁴ Im Rahmen der Wandlung müsste eine solche Rücknahmeverpflichtung durch ein besonderes Interesse des Erwerbers an der Rückgabe begründet werden. Andernfalls besteht nur ein Recht des Veräußerers, die Kaufsache zurückzufordern, nicht aber ein Recht des Erwerbers auf Rückgabe.

⁵⁷⁵ Puck, Der Unternehmenskauf 122.

⁵⁷⁶ Puck, Der Unternehmenskauf 117 f.

⁵⁷⁷ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 92.

⁵⁷⁸ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 93.

⁵⁷⁹ OGH 6 Ob 141/03h, RdW 2004/57; I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 93.

Veräußerer ohnehin bekannt ist) beginnt. Somit stehen Schadenersatzansprüche regelmäßig noch offen, wenn Gewährleistungsansprüche bereits verjährt sind und Kenntnis von der Mangelhaftigkeit erst zu einem Zeitpunkt nach der Unternehmensübergabe eintritt.

Bei Unkenntnis vom Schadenseintritt beträgt die Frist **30 Jahre**. Letzteres ist bei **geheimen Mängeln** von Vorteil.

Nach Auffassung des OGH⁵⁸⁰ beginnt die Verjährungsfrist für die Geltendmachung von Mangelschäden erst zu laufen, wenn feststeht, dass die Verbesserung unmöglich oder misslungen ist oder endgültig verweigert wurde. Diese Jud entspricht nicht dem Wortlaut des Gesetzes, da § 933a ABGB Schadenersatzansprüche alternativ zur Gewährleistung gewährt und auch hier primär Naturalrestitution zusteht. Ausschlaggebend ist daher die Kenntnis von der Mangelhaftigkeit⁵⁸¹.

Zur Unterbrechung bzw Ablaufhemmung von Verjährungsfristen s bereits Punkt 2.2.1c).

Zum Unterschied von der Gewährleistungsfrist kann die Verjährungsfrist von Schadenersatzansprüchen **nur verkürzt, nicht aber verlängert** werden⁵⁸². Für die Verkürzung gilt die Grenze der Sittenwidrigkeit (§ 879 ABGB). Werden Mängel wider besseren Wissens verschwiegen, widerspricht die Berufung auf eine vertraglich vereinbarte kürzere Frist Treu und Glauben⁵⁸³.

Im Ergebnis kann eine Fristverlängerung erzielt werden, wenn der Veräußerer einen **Verjährungsverzicht** abgibt. Ein solcher setzt allerdings eine gewisse Konkretisierbarkeit der Schäden voraus⁵⁸⁴.

Bei **Mangelfolgeschäden** nimmt der OGH den Verjährungsbeginn zum Zeitpunkt ihrer **Vorhersehbarkeit** an⁵⁸⁵. Bei Vorhersehbarkeit ist daher zur Vermeidung der Verjährung **Feststellungsklage** zu erheben, wenn der Schaden noch nicht beziffert werden kann. Zur Erhebung einer Leistungsklage genügt es, dass der Mangelschaden ungefähr beziffert werden kann. Das Erfordernis eines Sachverständigen und die verbleibende Ungewissheit des genauen Betrages ändern daran nichts⁵⁸⁶. In diesem Zusammenhang ist in der Praxis besondere Vorsicht geboten: Ist eine Leistungsklage zulässig und wird ein zu Unrecht erhobenes Feststellungsbegehren daher mangels Feststellungsinteresses abgewiesen, steht eine inzwischen eingetretene Verjährung auch einer neuen Leistungsklage entgegen.

⁵⁸⁰ OGH 1 Ob 679/90, JBl 1992, 245; OGH 6 Ob 34/00v, ecolex 2000/312; OGH 6 Ob 141/03h, RdW 2004/57.

⁵⁸¹ I. Welser, ecolex 1992, 85; Welser/Jud, Die neue Gewährleistung § 933a Rz 28 ff; Wilhelm, ecolex 1992, 545.

⁵⁸² § 1502 ABGB; M. Bydlinski in Rummel, ABGB³ § 1502 Rz 1; Puck, Der Unternehmenskauf 135.

⁵⁸³ OGH 2 Ob 2140/96 ecolex 1996, 910 (Sanierungskosten eines Palais).

⁵⁸⁴ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 91.

⁵⁸⁵ OGH 6 Ob 141/03h, RdW 2004/57.

⁵⁸⁶ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 94.

2.4.2 Beweislastumkehr

Gemäß der allgemeinen schadenersatzrechtlichen Regelung des § 1298 ABGB trägt im Bereich der vertraglichen Haftung die Beweislast für das **Verschulden** grundsätzlich der Anspruchsgegner, im Fall des Unternehmenskaufes somit der Veräußerer. Er hat zu beweisen, dass ihn an der Vertragsverletzung kein Verschulden trifft. Allerdings beinhaltet diese **Beweislastumkehr** nicht eine Vermutung für grobe Fahrlässigkeit⁵⁸⁷. Nur bei einem vertraglichen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit gilt die Beweislastumkehr für das Vorliegen von grober Fahrlässigkeit⁵⁸⁸. Dies sollte bei der Vertragsgestaltung berücksichtigt werden.

§ 933a Abs 3 ABGB normiert, dass nach Ablauf von **zehn Jahren** ab der Übergabe der Sache sowohl für den Mangelschaden als auch für den Mangelfolgeschaden die Beweislastumkehr für das Verschulden (gem § 1298 ABGB) nicht mehr gilt. Dann obliegt der Beweis für das Verschulden des Übergebers dem Übernehmer. Maßgeblich ist auch hier die gerichtliche Geltendmachung⁵⁸⁹.

2.5 Gesetzliche Ansprüche aus der echten Garantie

Die Haftung nach einer echten Garantie gem § 880a zweiter Halbsatz ABGB stellt eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung dar. Der Garant übernimmt gegenüber dem Begünstigten die Haftung für einen noch ungewissen Erfolg des Unternehmens oder für einen iZm einem Mangel entstehenden Schaden⁵⁹⁰.

Der Veräußerer hat daher – im Unterschied zum allgemeinen Schadenersatz – **ohne Rücksicht auf ein Verschulden** und – im Unterschied zur Gewährleistung – für das **Erfüllungsinteresse** einzustehen. Selbst im Schadenersatzrecht besteht diesbezüglich ein Unterschied zur Garantie, da bei unbehebbarren Mängeln schadenersatzrechtlich grundsätzlich nur der Vertrauensschaden zu ersetzen ist⁵⁹¹. Darüber hinaus hat er stets volle Genugtuung zu leisten, dh er haftet immer auch für den **entgangenen Gewinn**. Abgesehen von dem Umstand, dass auch Mangelfolgeschäden verschuldensunabhängig geltend gemacht werden können, muss sich der Erwerber auch augenfällige (insb im Zuge einer Due Diligence erkennbare) Mängel nicht entgegenhalten lassen. Siehe hierzu bereits Punkt 1.2.

Gibt der Veräußerer eine Garantie dafür ab, dass innerhalb eines bestimmten **Garantiezeitraumes** keine Mängel auftreten, kommt es – im Unterschied zur Gewährleistung – nicht darauf an, ob der Mangel schon im Zeitpunkt des Verfügungsgeschäfts vorlag oder nicht.

⁵⁸⁷ OGH 4 Ob 27/70; jüngst OGH 10 Ob 103/07f.

⁵⁸⁸ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 85.

⁵⁸⁹ Ofner in Schwimann, ABGB³ IV § 933a Rz 27.

⁵⁹⁰ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence, I Legal 100 Rz 11; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 152 f; Wiedenbauer/Klauninger, eolex 2003, 397.

⁵⁹¹ Str, s dazu Punkt 2.3.2.

Wesentlich ist, dass im Fall eines echten Garantievertrages dieser **neben dem Kaufvertrag** besteht. Daher bestehen die Ansprüche aus der Garantie **neben** allfälligen **Gewährleistungsansprüchen**⁵⁹².

Zur **Geltendmachung** von Ansprüchen aus einer Garantie genügen der Beweis der Garantiezusage und die Behauptung, der Garantiefall sei eingetreten⁵⁹³. Hinsichtlich jener Ansprüche aus der Garantie mit Schadenersatzcharakter gilt die **dreijährige Verjährungsfrist** ab Kenntnis des Schadens sowie die absolute dreißigjährige Frist des § 1484 ABGB⁵⁹⁴. Zusätzlich steht die gesetzliche Gewährleistungsfrist zur Verfügung⁵⁹⁵, da der Garantieanspruch idR neben dem Gewährleistungsanspruch besteht. Dient die Garantie auch der Sicherung eines Verwendungsanspruchs, verjährt sie erst nach dreißig Jahren⁵⁹⁶.

2.6 Gegenüberstellung: Gesetzliche Rechtsfolgen aus Gewährleistung – Schadenersatz – Garantie

	Gewährleistung	Schadenersatz	echte Garantie iSd § 880a zweiter Halbsatz ABGB
Verschulden	nicht erforderlich	erforderlich	nicht erforderlich
Mangelschaden	ja	ja	ja
Mangelfolgeschaden	nein	ja: Erfüllungsinteresse ; bei unbehebbar Mängeln nur Vertrauensschaden (str); positiver Schaden bei zumindest leichter Fahrlässigkeit	ja; stets Erfüllungsinteresse (im Unterschied zum Schadenersatz aber verschuldensunabhängig)
entgangener Gewinn	nein	nur bei grobem Verschulden; gem § 349 UGB allerdings zwischen Unternehmern unabhängig vom Grad des Verschuldens	ja (volle Genugtuung; im Unterschied zum Schadenersatz aber verschuldensunabhängig)

⁵⁹² Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 92; Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch M&A 495; Wiedenbauer/Klauninger, ecolex 2003, 397.

⁵⁹³ Wiedenbauer/Klauninger, ecolex 2003, 397 mwN in FN 39.

⁵⁹⁴ OGH 1 Ob 608/88 wbl 1989, 127; Nowotny/Gelter, GesRZ 2000. 65 f; Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch M&A 495 f; Wiedenbauer/Klauninger, ecolex 2003, 397.

⁵⁹⁵ Wiedenbauer/Klauninger, ecolex 2003, 397.

⁵⁹⁶ Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch M&A 496.

immaterielle Schäden	nein	nur bei strafgesetzwidrigen Handlungen bzw Mutwillen ⁵⁹⁷	nein
augenfällige Mängel	Anspruch entfällt	Mitverschulden (str)	irrelevant, berührt den Anspruch nicht
relevanter Zeitpunkt	Verfügungsgeschäft	-	je nach Vereinbarung (zB Garantiezeitraum)
Verjährung	drei Jahre ab Übergabe	drei Jahre ab Kenntnis des Schadens	drei Jahre ab Kenntnis des Schadens
anfänglich unbehebbarer Mangel	Geldersatz	Ersatz des Vertrauensschadens (nur in besonderen Ausnahmefällen Erfüllungsinteresse)	Erfüllungsinteresse (volle Genugtuung)
vorvertraglich	nein	ja: <i>cupa in contrahendo</i>	nicht relevant

2.7 Gesetzliche Rechtsfolgen der Irrtumsanfechtung

Zu den Anfechtungsvoraussetzungen wegen Irrtums s ausführlich Punkt 1.13.3.

Die Anfechtung wegen wesentlichen Irrtums hat binnen **drei Jahren** ab Vertragsabschluss **gerichtlich** (durch Klage oder Einrede) zu erfolgen⁵⁹⁸. Nach der Rsp ist jedoch ein formelles Rechtsgestaltungsbegehren nicht unbedingt erforderlich⁵⁹⁹. Vielmehr genügt es, wenn der Erwerber auf Rückstellung seiner Leistung klagt bzw der Leistungsklage des Veräußerers die Einrede der Ungültigkeit entgegenhält. Die im Prozess abgegebene Erklärung bewirkt die Rechtsänderung.

Im Vergleich zum konkurrierenden Rechtsbehelf der schadenersatzrechtlichen Wandlung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten zeigt sich zum einen der Vorteil der Irrtumsanfechtung, da diese bereits bei Veranlassung des Irrtums – unabhängig vom Verschulden – greift⁶⁰⁰. Andererseits kann hinsichtlich der Verjährung der Schadenersatzanspruch günstiger sein, da dort die dreijährige Frist (innerhalb der dreißigjährigen absoluten Frist) erst mit Kenntnis des Schadens zu laufen beginnt⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ § 1331 ABGB; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 325 f; Immaterielle Schäden sind nur in Ausnahmefällen, nämlich bei besonderer gesetzlicher Anordnung, zu ersetzen.

⁵⁹⁸ *M. Bydlinski in Rummel*, ABGB³ § 1487 Rz 6 f; *Mader/Janisch in Schwimann*, ABGB³ VI § 1487 Rz 12.

⁵⁹⁹ OGH 6 Ob 771/81; OGH 3 Ob 1509/86; 3 Ob 216/06w; *Rummel in Rummel*, ABGB³ § 871 Rz 19.

⁶⁰⁰ Zur Gegenüberstellung der Rechtsbehelfe s *Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 59 f.

⁶⁰¹ *Pletzer*, JBl 2002, 558.

Ein Irrtum ist **wesentlich**, wenn der Irrende in Kenntnis des Irrtums den Vertrag nicht geschlossen hätte.

Die Aufhebung des Vertrages wirkt **schuld- und sachenrechtlich ex tunc**. Die Rückabwicklung kann daher nur über das Bereicherungsrecht erfolgen. Im Gegensatz dazu hat die gewährleistungsrechtliche Wandlung keine sachenrechtliche Rückwirkung.

Wäre der Vertrag in Kenntnis des Irrtums dennoch geschlossen worden, liegt ein **unwesentlicher** Irrtum vor, der zur **Vertragsanpassung** berechtigt. Eine Vertragsanpassung erfolgt durch eine angemessene Vergütung der Leistungsinequivalenz. Der Benachteiligte erlangt einen **Rückforderungsanspruch**, der mittels Klage oder Einrede geltend gemacht werden kann⁶⁰².

Da eine Rückabwicklung beim Unternehmenskauf – wie bereits zum Thema der gewährleistungsrechtlichen Wandlung in Punkt 2.1.2 dargestellt – zu erheblichen Schwierigkeiten führt, wird eine solche regelmäßig vertraglich ausgeschlossen und eine Ausgleichszahlung (dh eine Vertragsanpassung) vorgesehen.

Besteht keine vertragliche Regelung, kommt dem Irrenden kein unbeschränktes Recht zu, zwischen Rückabwicklung und Vertragsanpassung zu wählen. Nach der Jud setzt eine **Vertragsanpassung** voraus, dass auch der Vertragspartner bei Kenntnis der wahren Umstände den Vertrag zu anderen Bedingungen geschlossen hätte oder dass durch die Anpassung seine wesentlichen Interessen nicht beeinträchtigt werden⁶⁰³. Im Zuge einer Interessenabwägung muss ein begründetes Interesse des Irrenden an der Vertragsanpassung bestehen, und die Interessen des Gegners dürfen nicht überwiegen. Angesichts der Problematik der Rückabwicklung, die häufig weder im Interesse des Erwerbers noch des Veräußerers liegt, sollte beim Unternehmenskauf eine Vertragsanpassung in vielen Fällen begründet werden können⁶⁰⁴.

2.8 Fazit – Bedarf effizienter Vertragsgestaltung

Die gesetzlichen Gewährleistungsregeln werden mit Hinblick auf einen so komplexen und ständigem Wandel unterliegenden Vertragsgegenstand, wie es ein Unternehmen darstellt, als ungenügend bzw in vielen Teilaspekten als unklar und unzureichend empfunden. Sie entsprechen regelmäßig nicht den heutigen Bedürfnissen von Käufer und Verkäufer eines Unternehmens nach einem sachgerechten und berechenbaren wirtschaftlichen Ausgleich im Fall von Leistungsstörungen. Der Gesetzgeber hat bisher keine eigenen Regeln für den Unternehmenskauf geschaffen.

Bspw sind die **Wandlung** sowie häufig auch die **Verbesserung ungeeignete Rechtsfolgen** für Leistungsstörungen iZm einem Unternehmenskauf. Hinsichtlich der **Preisminderung** kann unklar sein, wie der Minderungsbetrag zu ermitteln ist. Rechtsunsicherheit besteht weiters hinsichtlich der Anwendbarkeit der gesetzlichen Regelung über die **Vermutung des Zeitpunktes der Mangelhaftigkeit** (§ 924 ABGB) beim Unternehmenskauf. Auch bei **Schadenersatzansprüchen** kann Unsicherheit hinsichtlich der konkreten **Berechnung** des

⁶⁰² Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 57.

⁶⁰³ Rummel in Rummel, ABGB³ § 872 Rz 7 mwN.

⁶⁰⁴ Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 57.

Anspruchs bestehen. Darüber hinaus hat der Veräußerer aufgrund der bei einem Unternehmenskauf involvierten Beträge und Haftungsrisiken ein erhebliches Interesse daran, sein Haftungsrisiko sowohl betraglich als auch zeitlich zu beschränken.

Eine genaue **vertragliche Regelung** der Haftung des Veräußerers, in welcher **Voraussetzungen und Rechtsfolgen** gestaltet werden, ist daher meist unerlässlich. Darüber hinaus besteht im Bereich der Rechtsfolgen ein wirtschaftlich zumindest gleich erheblicher Gestaltungsspielraum wie auf Ebene des Tatbestandes. Deshalb unternimmt es die Vertragspraxis bei Unternehmensübertragungen regelmäßig, das Recht der Gewährleistung und damit verbunden jenes des parallel zulässigen Schadenersatzes sowie der Irrtumsanfechtung durch Vereinbarung zu gestalten und im Gegenzug die korrespondierenden gesetzlichen Regelungen so weit wie möglich auszuschließen⁶⁰⁵.

Typischer und empfohlener Regelungsinhalt ist daher zunächst die Definition des vertraglich geschuldeten Leistungsumfanges. Damit wird der Vertragsinhalt festgelegt, Abweichungen hiervon stellen einen Mangel dar. In der Praxis erfolgt diese Festlegung durch einen **Katalog von zugesicherten Eigenschaften**.

In weiterer Folge werden schließlich die Rechtsfolgen der Mangelhaftigkeit geregelt. Oft erfolgt dies durch ein eigenes abschließendes **autonomes Rechtsfolgensystem**. Es regelt einerseits den wirtschaftlichen Ausgleich der Leistungsstörung und andererseits auch das Verfahren der Geltendmachung der bestehenden Ansprüche. Dabei können für den Fall der Verletzung von Zusagen die gesetzlichen Rechtsfolgen für Gewährleistung, Schadenersatz und Garantie unabhängig von der Bezeichnung der Zusage einheitlich geregelt und kombiniert werden. Dadurch werden die gesetzlich vorgesehenen unterschiedlichen Haftungsfolgen von den vertraglich festgelegten Folgen überlagert.

Ziel einer umfassenden vertraglichen Regelung ist die Aufrechterhaltung bzw. Wiederherstellung des von den Vertragsparteien bei Abschluss des Vertrages festgelegten Äquivalenzverhältnisses. Die Darstellung der unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten ist Gegenstand des folgenden Kapitels.

⁶⁰⁵ Parschalk/Wahl, wbl 2003, 353.

3 Vertragliche Gestaltung von Gewährleistungsansprüchen – Tatbestand

3.1 Regelungstechnik

Regelmäßig werden vom Verkäufer bestimmte Eigenschaften in der Form eines **Eigenschaftskataloges** ausdrücklich zugesichert. Der Käufer reduziert dadurch die ansonsten aufgrund der gesetzlichen Rechtslage bestehende Rechtsunsicherheit hinsichtlich der gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften eines Unternehmens⁶⁰⁶.

Im Anschluss an den Gewährleistungskatalog werden dann regelmäßig im Interesse des Verkäufers Gewährleistungsansprüche für nicht ausdrücklich bedungene Eigenschaften **ausgeschlossen**.

In weiterer Folge werden auch die **Rechtsfolgen** einschließlich des **Verfahrens** für die Geltendmachung der Ansprüche einer vom Gesetz abweichenden vertraglichen Regelung unterzogen.

Auch wenn aus Sicht der Parteien materielle Haftungsrisiken naturgemäß im Vordergrund stehen, darf auch die entsprechende Regelung der **Rechtsfolgen** sowie deren Verhältnis zum Gesetzesrecht nicht vernachlässigt werden. Die Bedeutung der Rechtsfolgen in diesem Zusammenhang kann gar nicht stark genug hervorgestrichen werden: Oftmals liegt nämlich der Fokus der Parteien fast ausschließlich auf der Regelung des Gewährleistungstatbestandes. Hierbei wird übersehen, dass in Wahrheit die Stringenz der Rechtsfolgen und allfällige Haftungsbeschränkungen im Anlassfall „kriegsentscheidend“ sein werden. Es ist Aufgabe der Rechtsberater, auf diesen Zusammenhang hinzuweisen und bei den Parteien ein Bewusstsein für die wesentliche Bedeutung der Rechtsfolgen zu schaffen.

In weiterer Folge soll jedoch zunächst auf die **Konzeption des Gewährleistungstatbestandes** eingegangen werden.

Die **Musterklauseln**, die beispielhaft in den jeweiligen Unterabschnitten angeführt sind, wurden aus verschiedenen in der Praxis durchgeführten Transaktionen zusammengestellt und angepasst, sofern nicht im Einzelnen ein besonderer Literaturnachweis angeführt ist. Die Musterklauseln sind insb auf den Anteilskauf abgestimmt, es sei denn es wird ausdrücklich auf Besonderheiten des *asset deal* hingewiesen.

3.2 Caveat: Angloamerikanische „Standardklauseln“

In der Praxis kommt es häufig vor, dass Klauseln aus dem britischen oder angloamerikanischen Rechtsraum nahezu unverändert in Verträge, die dann nach der Rechtswahl österreichischem Recht unterliegen, gewissermaßen „standardmäßig“ übernommen werden. Von einer solchen unreflektierten Übernahme von Klauseln ist dringend abzuraten. Angloamerikanische Rechtsbegriffe und Regelungstechnik passen vielfach nicht für das kontinentaleuropäische Recht und führen regelmäßig nicht nur zur

⁶⁰⁶ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 38; Parschalk/Wahl, wbl 2003, 356.

Uferlosigkeit der vertraglichen Regelung und in der Folge zur völligen Unlesbarkeit, sondern auch zu erheblichen **Interpretationsschwierigkeiten** und Rechtsunsicherheit⁶⁰⁷.

Besonders bedenklich ist, dass in der Praxis typisch angloamerikanische „Standards“ nicht nur in englischsprachige – wenn auch gemäß Rechtswahl österreichischem Recht unterliegende – Verträge übernommen werden. Oftmals wird auch der Versuch unternommen, diese spezifischen Rechtsbegriffe in die deutsche Sprache zu übersetzen, was dann zur vollständigen Verwirrung der Parteien über Regelungszweck und –inhalt führen kann.

Vor der Konzeption jeder Klausel sollte jedoch die Interessenlage der Parteien nach jenem **materiellen Recht** geprüft werden, das auf den Vertrag tatsächlich zur Anwendung kommen soll. Eine sachgerechte effiziente Regelung hat nicht mehr oder weniger zu enthalten als nach dem anwendbaren Sachrecht erforderlich ist, um den gewünschten Interessensausgleich herbeizuführen. Ziel der vertraglichen Regelung muss es sein, dort, wo das jeweilige materielle Recht sich als unzulänglich erweist, eine Regelung zu schaffen, die diese Unzulänglichkeiten und Rechtsunsicherheit beseitigt und den Interessen der Parteien gerecht wird.

3.3 Gewährleistungsklauseln (*representations & warranties of the Seller*)

3.3.1 Zweck / Interessenlage

Gewährleistungsklauseln haben den Zweck, das **vertraglich Geschuldete** zu definieren. Sie können sich auf eine bestimmte Beschaffenheit der Sache oder darauf beziehen, dass die Sache für eine bestimmte Dauer eine bestimmte Beschaffenheit behält⁶⁰⁸.

Im Sinne einer für beide Vertragsteile angemessenen Regelung ist daher zunächst die gegenseitige **Interessenlage** abzuklären. Hat man die **möglichen Risiken** aufgedeckt und identifiziert, ergibt sich daraus der jeweilige **Schutzbedarf** für die betreffende Partei.

Hierbei ist zu beachten, dass zwar Gewährleistungsklauseln typischerweise in erster Linie den Interessen des Käufers dienen. Oft werden jedoch die **Interessen des Verkäufers**, insb an entsprechender **Information und Mitwirkung**, vernachlässigt und diesbezügliche Rechte gar nicht vorgesehen.

Häufig stellt die Regelung der Gewährleistungsansprüche in der Praxis jenen Punkt der Vertragsverhandlungen dar, über den die Parteien am intensivsten und am längsten diskutieren. Bisweilen können Transaktionen an diesem Punkt auch scheitern.

⁶⁰⁷ Ein Beispiel hierfür wäre eine Klausel für eine schadenersatzrechtliche Regelung, die folgende Regelung enthält: “...and that the Company in addition to **other remedies at law or in equity** it may have shall be entitled to **equitable relief** including the remedy of an injunction for the breach or threatened breach of the terms of this Agreement”, wenn in weiterer Folge vereinbart wird, dass österreichisches Recht auf den Vertrag anwendbar sein soll. Die Formulierung ist verfehlt, unklar und verwirrend, da Begriffe aus dem Rechtssystem des Common Law, das zwischen Common Law und Equity Law differenziert, in einen Vertrag, der kontinentaleuropäischem Recht unterliegt, übernommen werden. In Österreich existiert eine solche “Zweiteilung” nicht, ein simpler Verweis auf österreichisches Recht wäre ausreichend.

⁶⁰⁸ Picot in Picot, Handbuch M&A³ 167.

Es kann daher sinnvoll sein, die Verhandlungen über den Klauselkatalog sowie über die Regelung der Rechtsfolgen von den sonstigen Regelungen des Vertrages abzukoppeln, indem der Klauselkatalog in eine **Anlage** zum Kaufvertrag **ausgegliedert** wird und separat verhandelt und formuliert wird. Dadurch besteht die Möglichkeit, den Rest des Vertrages zügig zu finalisieren und einen Deadlock in den Verhandlungen zu vermeiden. Die Effizienz des Ablaufs kann dadurch erheblich gesteigert werden.

Hilfreich ist in jeden Fall das beiderseitige Bewusstsein, dass es sich bei der Frage, wie umfassend die Gewährleistungszusagen des Verkäufers sein sollen, primär nicht um eine Rechtsfrage handelt sondern um die wirtschaftliche Frage der **Risikoallokation**, die in **direktem Zusammenhang mit der Höhe des Kaufpreises** steht⁶⁰⁹. Verlangt der Verkäufer einen verhältnismäßig hohen Kaufpreis, so darf der Käufer entsprechend umfassende Gewährleistungszusagen erwarten. Nimmt der Verkäufer umgekehrt im Gewährleistungskatalog des Käufers umfangreiche Kürzungen vor, so wird er mit einem Abschlag beim Kaufpreis rechnen müssen. Das Verhältnis zwischen Kaufpreis und Gewährleistungsklauseln sollten sowohl die Vertragsparteien als auch deren Berater bei den Verhandlungen stets im Hinterkopf behalten. Dadurch kann ein Festfahren der Verhandlungspositionen und ein – erfahrungsgemäß oftmals wenig konstruktives – Hin- und Herschieben des Klauselkataloges, das allseitige Erschöpfung und Frustration und letztlich sogar das Scheitern der gesamten Transaktion zur Folge haben kann, verhindert werden.

3.3.2 Verhältnis zur Due Diligence

Der Gewährleistungskatalog steht regelmäßig in **unmittelbarem Zusammenhang** mit dem **Due Diligence-Report** des Käufers. Dies ist eine selbstverständliche Konsequenz der **Wertermittlungsfunktion**⁶¹⁰ der Due Diligence und der im Zuge der Kaufpreisermittlung durchgeführten **Risikobewertung**⁶¹¹.

Dies bedeutet, dass umfangreiche Gewährleistungszusagen das Risiko der Mangelhaftigkeit dem Verkäufer auferlegen und insoweit regelmäßig einen höheren Kaufpreis zur Folge haben. Umgekehrt wird ein Gewährleistungsausschluss, der das Risiko auf den Käufer abwälzt, zu einer Reduktion des Kaufpreises führen. **Kaufpreis und Risiko** stehen daher in permanenter **Wechselwirkung**.

Die **Due Diligence** deckt somit Risiken auf, der **Gewährleistungskatalog** nimmt die Allokation der betreffenden Risiken vor, indem sie entweder dem Käufer oder dem Verkäufer auferlegt werden, und in der **Kaufpreisberechnung** erfolgt die Risikobewertung. Danach hat jede Gewährleistungszusage sowie jeder Gewährleistungsausschluss einen **subjektiven Wert**,

⁶⁰⁹ Flener in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 600 f.

⁶¹⁰ Zu den Funktionen der Due Diligence s. *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841; *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I, 98; *Hofmann*, Due Diligence – Möglichkeiten und Grenzen des Managements 24.

⁶¹¹ Auf den Zusammenhang zwischen dem Due Diligence-Report, dem Umfang der Gewährleistungszusagen und dem Kaufpreis wurde bereits in Punkt 1.9.1 sowie in Punkt 3.3.1 eingegangen.

der davon abhängt, mit welcher Wahrscheinlichkeit der Käufer bzw der Verkäufer mit einer Realisierung dieses Risikos rechnet⁶¹².

Die Ergebnisse der bestdurchgeführten Due Diligence sind daher wertlos, wenn sie nicht Eingang in die vertragliche Gestaltung des Kaufvertrages finden. Manchmal kommt es dazu, dass Zeit, Geld und Mühe frustriert werden, wenn mit großem Aufwand eine Due Diligence durchgeführt und ein entsprechender Bericht erstellt werden, anschließend jedoch der Vertrag von anderen Personen entworfen und verhandelt wird und der **Informationsfluss** zwischen den betreffenden Personengruppen nicht ausreichend gewährleistet ist.

Es ist davor zu warnen, standardisierte Klauselkataloge 1:1 in einen konkreten Vertrag aufzunehmen, mögen sie auch noch so umfangreich ausgestaltet sein. Denn – abgesehen von der epischen Breite, die der Kaufvertrag dann regelmäßig annimmt, – bedarf es für derartige Standardkataloge nicht der Durchführung einer aufwändigen Due Diligence. Vielmehr hat der Katalog die konkreten Ergebnisse der Due Diligence sowie die darauf basierende Risikoallokation und Bewertung zu reflektieren, um zu dem von den Parteien wirtschaftlich gewünschten Ergebnis zu führen, und muss daher auf den jeweiligen Fall **maßgeschneidert** sein. Selbstverständlich hindert dies nicht daran, in der Praxis einen Standardkatalog als Ausgangspunkt zu wählen und diesen den konkreten Risikobereichen entsprechend anzupassen.

Die bei der Due Diligence **hervorgekommenen Risiken** bedürfen der Abbildung im Katalog, wobei auf offengelegte Risiken gleichermaßen wie auf versteckte Bedacht zu nehmen ist:

Wurden bei der Due Diligence Risiken unmittelbar aufgedeckt und handelt es sich somit um **bekannte Mängel/Risiken**, die im Kaufpreis keine Berücksichtigung finden sondern für die der Verkäufer eintreten soll, so empfiehlt sich zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit eine **Garantieusage**⁶¹³.

Insb ist aber auch und gerade auf jene **Bereiche, die nicht Gegenstand der Due Diligence waren**, etwa weil der Verkäufer sie nicht zugänglich machen wollte, besonderes Augenmerk zu legen. Die Klauseln sollten daher nach Möglichkeit allfällige **versteckte Risiken** abdecken und müssen somit in diesen Bereichen **relativ breit** ausgestaltet sein, um zu verhindern, dass der Käufer die sprichwörtliche „Katze im Sack“ erwirbt.

Hat der Verkäufer hingegen im Rahmen der Due Diligence umfassende Einsicht in das Unternehmen gewährt, so darf er davon ausgehen, dass der Käufer sich ein Bild vom Kaufgegenstand machen konnte und dass damit die **Gewährleistungszusagen gering** gehalten werden können. Anderes würde gelten, wenn gerade die Due Diligence erhebliche Risiken und Haftungspotential zutage gefördert haben, die im Katalog abgebildet werden müssen.

Zielführend ist es weiters, das Verhältnis zwischen Due Diligence und Gewährleistungszusagen klarzustellen. Zu empfehlen ist in diesem Zusammenhang eine **eigene Klausel**, in der zugesichert wird, dass in der Due Diligence **alle wesentlichen Verhältnisse und Informationen offengelegt** wurden und dass die übergebenen **Unterlagen**

⁶¹² Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I, 98.

⁶¹³ Zu der Problematik bei Mangelkenntnis und gegenteiliger Zusicherung s ausführlich Punkt 1.9.3b).

und sonstigen Informationen vollständig, richtig und nicht irreführend waren. Dies ist insb dann unerlässlich, wenn der Veräußerer eine Regelung in den Vertrag „hineinreklamiert“, der zufolge die Haftung für sämtliche Eigenschaften, die nicht ausdrücklich im Klauselkatalog genannt sind, ausschließt.

3.3.3 Objektive Gewährleistungen

Die Verteilung des Risikos für Mängel des Kaufgegenstandes kann von den Parteien nicht nur wesentlich dadurch beeinflusst werden, zu welchen Umständen Zusicherungen abgegeben werden, sondern auch dadurch, ob die Zusagen **objektiv** oder **subjektiv** ausgestaltet sind. Hierbei geht es um die Frage, wer das **Risiko für versteckte Mängel** tragen soll, insb auch für solche, deren Vorliegen selbst der Verkäufer nicht kannte.

Sagt der Verkäufer eine bestimmte Eigenschaft des Unternehmens objektiv zu (zB Nichtvorhandensein von Kontaminationen), so hat er nach dem Gesetz dafür **verschuldensunabhängig** einzustehen, dh auch dann, wenn er selbst von dem Mangel **keine Kenntnis** hatte und auch nicht haben musste. In diesem Fall spricht man von einer **objektiven Gewährleistung**. Der **Verkäufer** trägt das volle **Risiko für versteckte Mängel**. Die Wertäquivalenz ist aus Sicht des Käufers sichergestellt. Dies entspricht der gesetzlichen Konzeption und ist auch der vertragliche Regelfall⁶¹⁴.

In den meisten Fällen ist eine derartige Risikoallokation auch sachlich gerechtfertigt, da bis zum Zeitpunkt des Übergangs der Verfügungsmacht über das Unternehmen die Kenntnis von Mängeln des Kaufgegenstandes eher dem Verkäufer zugemutet werden kann als dem Erwerber. Dies hat grundsätzlich auch dann zu gelten, wenn der Käufer eine Due Diligence durchführt. Denn auch in diesem Fall kann nicht allgemein unterstellt werden, dass der Erwerber durch die Prüfung einen wesentlichen Wissensvorsprung gegenüber dem das Unternehmen bereits seit langem betreibenden Veräußerer erlangt. Die Kenntnis bzw Unkenntnis von Mängeln des Unternehmens ist daher grundsätzlich eher der **Sphäre des Verkäufers** als jener des Käufers zuzurechnen. Daher ist auch das Risiko versteckter Mängel eher dem Verkäufer zuzumuten. Dessen Sphäre gehört ja der Kaufgegenstand bis zum Zeitpunkt des Verfügungsgeschäftes an.

Eine hiervon abweichende Interessenlage kann zB vorliegen, wenn beim Anteilskauf der Veräußerer in die Geschäftsführung nicht weiter involviert war, der Erwerber hingegen die Möglichkeit hatte, eine umfassende Due Diligence durchzuführen. Dann kann es dazu kommen, dass der Erwerber einen besseren Einblick in das Unternehmen gewonnen hat als der Veräußerer und dass das Risiko versteckter Mängel daher eher ihm zurechenbar scheint.

Im Ergebnis sollte es daher um die Abwägung gehen, wem die Kenntnis der maßgeblichen Umstände und der damit verbundenen Risiken eher zumutbar ist.

Ist der Vertrag durch objektive Gewährleistungen so gestaltet, dass der Verkäufer das Risiko versteckter Mängel trägt, und kann er das Risiko selbst nicht gut einschätzen, so empfiehlt sich der sorgfältigen Geschäftsführung im Vorfeld der Vertragsverhandlungen die Durchführung einer **Vendor's Due Diligence**: Der Verkäufer untersucht das Unternehmen im eigenen Interesse auf versteckte Mängel hin, um ein kalkulierbares Risiko einzugehen und sich in den folgenden Verhandlungen besser positionieren zu können.

⁶¹⁴ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 59.

Beispiel für eine **objektive** Gewährleistungsklausel⁶¹⁵:

*„Der Verkäufer leistet gegenüber dem Käufer Gewähr dafür, dass die **nachstehenden Aussagen und Zusicherungen** am Tag der Unterfertigung dieses Vertrages und am Tag des dinglichen Rechtsüberganges (Closing) **richtig sind**: ...“*

Sample Clause:

*“The Seller hereby represents and warrants to the Purchaser that **the following statements are correct**, in each case on the date of this Agreement and the Closing Date: ...“*

3.3.4 Subjektive Gewährleistungen: „**Best Knowledge**“

a) „Nach bestem Wissen des Verkäufers“

Kann der Verkäufer die maßgebenden Umstände selbst nicht gut genug einschätzen und besteht gegenüber dem Käufer Verhandlungsspielraum, wird er bemüht sein, sein Risiko dadurch einzuschränken, dass die Zusage auf **subjektive Elemente** wie **Kennen** oder **Kennenmüssen** der betreffenden Tatsache abstellt. Bei einer derartigen subjektiven Gewährleistung sichert der Verkäufer lediglich zu, dass eine gewisse Tatsache „**nach seinem (besten) Wissen**“ gegeben oder nicht gegeben ist. Ein solcher Vorbehalt wird daher auch als „**Best Knowledge**“-Vorbehalt bezeichnet⁶¹⁶.

Typischerweise werden Zusagen hinsichtlich des letzten Jahresabschlusses in Form einer *Best Knowledge*-Klausel abgegeben, wenn nämlich die Erstellung nach GoB⁶¹⁷ und unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt zugesichert wird (sog **subjektive Bilanzgarantie**)^{618,619}.

Dadurch reduziert der Verkäufer seine Haftung und überwälzt das **Risiko für versteckte Mängel auf den Käufer**.

Dem Verkäufer ist eine derartige Haftungsbeschränkung besonders dann zu empfehlen, wenn ihm die maßgeblichen Umstände im Unternehmen und die damit verbundenen Risiken nicht hinreichend bekannt sind, um diesbezüglich Zusagen machen zu können.

Für den Käufer ist eine derartige Einschränkung erheblich nachteilig und im Regelfall nicht oder nur in Ausnahmefällen bzw in gewissen Bereichen akzeptabel⁶²⁰. Zu beachten ist, wie oben ausgeführt, dass nach der **gesetzlichen Konzeption** Gewährleistungsansprüche grundsätzlich **objektiv** ausgestaltet sind und kein Verschulden (Kennenmüssen des Mangels) voraussetzen. Die Einschränkung auf Kenntnis oder Kennenmüssen bringt somit eine

⁶¹⁵ Vgl Kletter in Hausmaninger/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch I, 106.

⁶¹⁶ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 608 f; Parschalk/Wahl, wbl 2003, 356.

⁶¹⁷ Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung und Bilanzierung.

⁶¹⁸ Holzappel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 704.

⁶¹⁹ Siehe dazu ausführlich Punkt 3.8.1b).

⁶²⁰ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 58, 61.

Entwertung der Gewährleistung mit sich⁶²¹. Zur Mittellösung einer Beweislastumkehr hinsichtlich des (besten) Wissens s sogleich Punkt d).

Beispiel *Best Knowledge*-Klausel⁶²²:

“Nach bestem Wissen des Verkäufers greift die Gesellschaft im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit nicht unrechtmäßig in Immaterialgüterrechte, Know-how oder urheberrechtlich geschützte Rechte oder diesbezügliche Lizenzen Dritter ein.”

Sample Clause:

“To the Seller’s best knowledge, the owned Intellectual Property Rights have not been challenged by any third party, and no such challenge has been threatened, and there are no circumstances which could give rise to such challenge.”

Zu berücksichtigen ist auch, dass eine *Best Knowledge*-Klausel eine Reihe komplexer Fragen mit sich bringt, die **zusätzlichen Regelungsbedarf** auslösen:

b) „Knowledge“ oder „Best Knowledge“

Zunächst sollte klargestellt werden, ob nur **positive Kenntnis** oder auch **fahrlässige Unkenntnis** Gewährleistungsansprüche des Käufers begründen, und in letzterem Fall ob bereits **leichte oder erst grobe Fahrlässigkeit** schadet. Wird vom Wortlaut her auf die Kenntnis des Verkäufers abgestellt („Nach Kenntnis/Wissen des Verkäufers“), so ist damit grundsätzlich nur positives Wissen gemeint⁶²³. Bei der Formulierung „nach bestem Wissen des Verkäufers“ sind hingegen grundsätzlich auch Fälle fahrlässiger Unkenntnis erfasst. Letztere Formulierung ist somit umfassender und daher für den Käufer günstiger. Wobei hier dann noch eine Abstufung nach grober bzw leichter Fahrlässigkeit überlegt werden kann.

Entscheidend in diesem Zusammenhang wird jedoch in der Praxis regelmäßig nicht so sehr das Abstellen auf positive Kenntnis oder grob bzw leicht fahrlässige Unkenntnis sein, als vielmehr die Frage, welche Partei hierfür jeweils **beweispflichtig** sein soll⁶²⁴.

Beispiel für eine Definition:

„Unter dem Begriff „Kenntnis des Verkäufers“ ist die positive Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Verkäufers zu verstehen.“

Sample Clause:

*“Seller’s Knowledge means the knowledge and any lack of knowledge due to gross negligence of the Seller.”*⁶²⁵

⁶²¹ Zur Problematik s *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 703.

⁶²² Vgl *Kletter* in *Hausmaninger/Petsche/Vartian*, Wiener Vertragshandbuch I, 110.

⁶²³ Hier ist zu bedenken, dass nach der Rsp eine Haftung des Verkäufers für ihm bekannte Mängel ohnehin nicht ausgeschlossen werden kann. Für bekannte Mängel haftet der Verkäufer daher auch ohne ausdrückliche Regelung (und sogar trotz gegenteiligen Haftungsausschlusses). Eine *Knowledge*-Klausel hat daher für den Käufer regelmäßig keinen Mehrwert. Siehe ausführlich Punkt 3.4.3a).

⁶²⁴ Dazu siehe sogleich.

c) Wissenszurechnung

Auch hier stellt sich die Frage, ob dem Verkäufer nur sein eigenes Wissen oder auch jenes anderer Personen **zugerechnet** werden soll, wobei zu bedenken ist, dass grundsätzlich nur natürliche Personen Kenntnis von gewissen Umständen haben können. Auf die mit dieser Frage zusammenhängenden Probleme, insb bei juristischen Personen, wurde bereits oben unter Punkt 1.7.3c) bzw 1.15.3 ausführlich eingegangen. Auf diese Ausführungen kann somit hier verwiesen werden. Jedenfalls zugerechnet wird der juristischen Person das Wissen ihrer **Organe**.

Aufgrund der mit der Wissenszurechnung zusammenhängenden Schwierigkeiten empfiehlt es sich, hierüber eine klare Regelung zu treffen: Danach sollte dem Verkäufer das Wissen seiner **Organe** sowie seiner **leitenden Angestellten** zugerechnet werden. Die betreffenden Personen können auch namentlich genannt werden. Hierbei ist aus praktischen und strategischen Überlegungen heraus auch zu berücksichtigen, **welcher Sphäre** die betreffenden Personen nach Durchführung der Transaktion zuzurechnen sein werden⁶²⁶.

Beim **Anteilskauf** sollte darüber hinaus geregelt werden, das Wissen welcher **Personen in der Zielgesellschaft** dem Verkäufer zugerechnet werden soll. Hauptakteure sollten namentlich bezeichnet werden.

Der Verkäufer hat die Möglichkeit, sich dadurch abzusichern, dass er von den betreffenden Personen eine schriftliche Bestätigung über deren Kenntnis betreffend den zugesicherten Umstand einholt. Eine solche Bestätigung wird als „**bring down letter**“ bezeichnet⁶²⁷.

Beispiel:

*„Soweit in diesem Vertrag auf das beste Wissen des Verkäufers Bezug genommen wird, ist darunter die **positive** Kenntnis oder **grob fahrlässige Unkenntnis zumindest eines** Vorstandsmitglieds oder eines Aufsichtsratsmitglieds oder von Herrn [...] zu verstehen.“*

Sample Clause:

*“To the extent any of the representations in this Clause [●] is made to the Seller’s Best Knowledge, the Seller shall be deemed to have such knowledge if, on the date of this Agreement, **any of the persons listed in Exhibit [●]**⁶²⁸ had **actual knowledge** or **could have obtained such knowledge after due inquiry** according to the standard of care of a prudent business man pursuant to Sec 25 Austrian Private Limited Companies’ Act.”*

d) Best Knowledge und Beweislast

Da es sich bei der Frage der Kenntnis oder fahrlässigen Unkenntnis vom Fehlen der zugesicherten Tatsache um ein hinsichtlich des Gewährleistungsanspruchs anspruchsbegründendes Sachverhaltselement handelt, trägt ohne besondere vertragliche

⁶²⁵ Bei mehreren Verkäufern: “...knowledge...of one of the Sellers being attributed to all Sellers“; s Punkt 4.9.1.

⁶²⁶ Parschalk/Wahl, wbl 2003, 353; Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 609.

⁶²⁷ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 609.

⁶²⁸ Alternativ: „any of the directors of the Company or any director of any of its Subsidiaries“.

Regelung hierfür grundsätzlich der **Käufer die Beweislast**. Der Beweis wird für den Käufer in der Praxis regelmäßig nicht zu erbringen sein. Dies bedeutet, dass der Käufer durch eine *Best Knowledge*-Klausel ganz entscheidend an Schutz einbüßt, und zwar nicht nur auf Tatbestandsebene, dh bei der Frage, ob überhaupt ein anspruchsbegründender Mangel vorliegt oder nicht, sondern auch hinsichtlich der Erschwerung der Geltendmachung.

Allerdings könnte man versucht sein, in diesem Zusammenhang die Frage zu stellen, wie mit der **Vermutung des § 924 zweiter Satz ABGB** umzugehen ist⁶²⁹. Es könnte nämlich argumentiert werden, dass sich die Vermutung innerhalb der Sechsmonatsfrist auf sämtliche Tatbestandselemente erstreckt, und zwar auch auf die vereinbarten, wie in diesem Fall die Kenntnis von der Mangelhaftigkeit. Diesfalls müsste auch die Kenntnis des Verkäufers vermutet werden. Eine solche Argumentation ist jedoch mE abzulehnen, da sich die Vermutung nach ihrem genauen Wortlaut – und entgegen oft unpräziser Formulierungen in der Lit⁶³⁰ – nicht auf die Mangelhaftigkeit per se bezieht, für die der Käufer beweispflichtig bleibt, sondern lediglich auf den **Zeitpunkt**, zu dem der Mangel vorliegen muss⁶³¹: Vermutet wird daher lediglich, dass der Mangel – sofern ein solcher objektiv überhaupt vorliegt – bereits zum **Zeitpunkt der Übergabe** vorhanden war. Da die Frage der Kenntnis oder Unkenntnis des Verkäufers von der Mangelhaftigkeit nur etwas damit zu tun hat, ob überhaupt ein anspruchsbegründender Mangel vorliegt, aber nicht mit dem Zeitpunkt der Mangelhaftigkeit, kann die Vermutung auch nicht auf diese Frage erstreckt werden.

Sollte ein Käufer daher die Einführung eines *Best Knowledge* Vorbehalts in den Vertrag akzeptieren, so liegt es in seinem Interesse, im Gegenzug vom **Verkäufer** zu verlangen, dass dieser **vertraglich** die Beweislast dafür übernimmt, dass er das Nichtvorliegen der zugesicherten Tatsache weder kannte noch kennen musste⁶³².

Dafür, dass die zugesicherte Eigenschaft objektiv nicht vorliegt, dh für das Vorliegen des Mangels, ist selbstverständlich auch dann nach allgemeinen Regeln nach wie vor der Käufer beweispflichtig.

3.3.5 Bezugszeitpunkt

Auch der Zeitpunkt, auf den sich die Gewährleistungszusagen beziehen, kann vertraglich gestaltet werden. Hierbei sind insb zwei Ereignisse relevant: *Signing* und *Closing*. Unter **Signing** wird der Tag der Unterzeichnung des Kaufvertrages verstanden. **Closing** hingegen bezeichnet den Tag des dinglichen Rechtsüberganges.

Fallen diese beiden Ereignisse zusammen, werden die Gewährleistungszusagen auf diesen Tag bezogen.

⁶²⁹ Dazu, ob diese Vermutung beim Unternehmenskauf überhaupt anwendbar ist oder ob sie mit der Art der Sache unvereinbar ist, s bereits oben unter Punkt 2.2.2.

⁶³⁰ Siehe zB *Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 609: „Vermutung der Mangelhaftigkeit“.

⁶³¹ § 924 ABGB: „Der Übergeber leistet Gewähr für Mängel, die **bei der Übergabe vorhanden** sind. Dies wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, wenn der Mangel innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommt. [...]“.

⁶³² Von *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 703 als Mittellösung vorgeschlagen.

Fallen hingegen die beiden Ereignisse auseinander und findet das *Closing*, zB aufgrund des Erfordernisses des Eintritts bestimmter aufschiebender Bedingungen, erst später statt, so sollten aus Sicht des Käufers⁶³³ die Gewährleistungszusagen **auf den Tag des dinglichen Rechtsübergangs**, also des *Closing*, bezogen werden; häufig werden sie auch auf **beide Zeitpunkte** bezogen⁶³⁴, oder es werden zumindest bestimmte Gewährleistungen zum *Closing* **wiederholt**. Nach dem gesetzlichen Leitbild geht die Gefahr des zufälligen Untergangs bzw der zufälligen Verschlechterung erst mit der Übergabe⁶³⁵ des Kaufgegenstandes auf den Erwerber über⁶³⁶.

Beispiel:

*„Der Verkäufer leistet gegenüber dem Käufer Gewähr dafür, dass die nachstehenden Aussagen und Zusicherungen **am Tag der Unterfertigung dieses Vertrages und am Tag des dinglichen Rechtsüberganges (Closing)** richtig sind: ...“*

Sample Clause:

*“The Seller hereby represents and warrants to the Purchaser that the following statements are correct, in each case **on the date of this Agreement and the Closing Date**: ... “*

Manchmal vereinbaren die Parteien unabhängig vom Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung und der tatsächlichen Übertragung des Kaufgegenstandes einen besonderen **wirtschaftlichen Stichtag**, mit dem das Unternehmen wirtschaftlich bereits dem Käufer zugerechnet werden soll und er sämtliche Vorteile daraus ziehen, aber auch das wirtschaftliche Risiko tragen soll. Ein solcher wirtschaftlicher Stichtag liegt regelmäßig vor dem *Signing*. Die **Gewährleistungszusagen** sollten sich dann (auch) **auf diesen wirtschaftlichen Stichtag** beziehen⁶³⁷. Möglich ist es auch, dass der Verkäufer zusätzlich zum Zeitpunkt des *Signing* und/oder *Closing* die entsprechenden Zusicherungen „wiederholt“.

Insb wenn sich Gewährleistungszusagen **nur auf den Zeitpunkt des *Signing*** oder einen davor liegenden wirtschaftlichen Stichtag beziehen, muss der Käufer gegen Veränderungen während des Zeitraumes zwischen *Signing* und *Closing* geschützt werden. Es sollte dann unbedingt eine ***Conduct of Business Clause*** in den Vertrag aufgenommen werden, in der der Verkäufer zusichert, dass er während des Zeitraums zwischen dem *Signing*/wirtschaftlichen Stichtag und dem *Closing* die Geschäfte mit der Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers geführt hat bzw weiter führen wird und keine außerordentlichen Maßnahmen ergriffen hat bzw ergreifen wird. Nicht vergessen werden dürfen geeignete Rechtsfolgen, falls der Verkäufer gegen diese Handlungspflichten⁶³⁸ verstößt. Abgesehen davon ist zu überlegen, wer das Risiko für Verschlechterungen des Kaufgegenstandes zwischen *Signing* und *Closing* tragen soll, wenn diese nachteilige Veränderung nicht infolge einer schuldhaften Verletzung

⁶³³ Der Verkäufer hingegen gibt gedanklich das Unternehmen häufig bereits mit dem *Signing* aus der Hand.

⁶³⁴ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 43.

⁶³⁵ Dies entspricht, wie oben ausgeführt, meist dem Zeitpunkt des *Closing*.

⁶³⁶ Holzappel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 700.

⁶³⁷ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 610.

⁶³⁸ *Covenants*; s dazu ausführlich Punkt 3.3.6.

einer Handlungspflicht des Veräußerers sondern **zufällig** eintritt. In einer sog **MAC-Klausel**⁶³⁹ wird häufig eine Interessenabwägung dahin getroffen, dass dem Käufer für Fälle zufälliger wesentlicher Verschlechterung des Unternehmens ein **Rücktrittsrecht** eingeräumt wird⁶⁴⁰. Werden Zusicherungen auf den *Closing*-Zeitpunkt bezogen, ist eine MAC-Klausel nicht erforderlich, in diesem Fall trägt der Verkäufer ohnehin das volle Risiko für zwischenzeitige zufällige nachteilige Veränderungen (sofern er für den jeweiligen Mangel gemäß dem Gewährleistungskatalog haftet). Schließen die vereinbarten Gewährleistungsrechtsfolgen allerdings ein Rücktrittsrecht generell aus, kann eine MAC-Klausel dennoch sinnvoll sein.

Sample Clause für eine **Zusage** zum *Closing*-Zeitpunkt:

“*Since the Signing Date [Balance Sheet Date]*⁶⁴¹ *until the Closing Date,*

- *[to the **best knowledge** of the Seller,]*⁶⁴² *the Company has been conducted in the **ordinary course of business** and there has been no event that would be reasonably likely to materially and adversely affect the **accuracy of the Accounts**;*
- *[to the **best knowledge** of the Seller,] the Company has not experienced and no events have occurred that may reasonably be expected to have a **material adverse effect** on its assets and liabilities (Vermögenslage), financial condition (Finanzlage) or results of operation (Ertragslage).”*

Ein **nach dem Closing** liegender Stichtag oder Zeitraum, auf den sich die Gewährleistungszusagen beziehen, ist ebenfalls möglich. Handelt es sich um bloße Eigenschaftszusagen, bezeichnet man diese als „**unechte Garantien**“, da sie dogmatisch immer noch dem Gewährleistungstatbestand zuzuordnen sind⁶⁴³. Die Abgrenzung zur echten Garantie erfolgt inhaltlich über die Regelung der Rechtsfolgen⁶⁴⁴.

Häufig scheint eine **Bezugnahme auf zukünftige Entwicklungen** jedoch nicht sachgerecht, da der Verkäufer das Unternehmen ab der tatsächlichen Übergabe nicht mehr beeinflussen kann. Spätestens mit dem dinglichen Rechtsübergang ist das **wirtschaftliche Risiko** daher auf den Käufer übergegangen. Die Zusage von Unternehmenseigenschaften für einen späteren Zeitpunkt würde dieses Risiko zT wieder auf den Verkäufer zurück übertragen⁶⁴⁵.

Wird in besonderen Fällen dennoch vereinbart, dass der Verkäufer selbst nach dem *Closing* das wirtschaftliche Risiko zT weiter tragen soll, so erfolgt die vertragliche Ausgestaltung häufig nicht über den Weg von Gewährleistungszusagen (bzw „unechte Garantien“) sondern

⁶³⁹ *Material Adverse Change.*

⁶⁴⁰ *Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis*¹⁴ Rz 733 mwN.

⁶⁴¹ Siehe Punkt 3.8.1 zur Bilanzgarantie und der Problematik der Stichtagsbezogenheit.

⁶⁴² Für den Fall einer subjektiven Zusage; entspricht einer „verlängerten“ subjektiven Bilanzgarantie.

⁶⁴³ Siehe dazu die Punkte 3.3.8 und 1.2).

⁶⁴⁴ Siehe Punkt 3.3.9).

⁶⁴⁵ *Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions* 610; *Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement*², 115.

durch einen **variablen Kaufpreisteil** in Form einer *earn out-Klausel*⁶⁴⁶. Der finale Kaufpreis ist in einem solchen Fall vom zukünftigen wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens abhängig⁶⁴⁷. Eine solche erfolgsabhängige Komponente kann vereinbart werden, wenn die Parteien im Rahmen der Unternehmensbewertung zur Kaufpreisermittlung unterschiedlicher Auffassung hinsichtlich der zukünftigen *Cash Flows* sind. Je nachdem wie die wirtschaftliche Entwicklung eintritt, wird dann der Kaufpreis ex post angepasst. Dies mag auf den ersten Blick für beide Parteien vorteilhaft erscheinen. Es ist jedoch zu bedenken, dass der Veräußerer nach dem dinglichen Rechtsübergang idR keinen Einfluss mehr auf die Geschäftsführung hat, er trägt somit ein Risiko, das für ihn nicht beherrschbar ist⁶⁴⁸. Darüber hinaus verfügt der Erwerber über Gestaltungsmöglichkeiten, um den Kaufpreis zu seinen Gunsten zu **manipulieren**. Um den Verkäufer gegen Manipulationen abzusichern, ist die Gestaltung von *earn out*-Klauseln sehr aufwendig, komplex und somit auch konflikträchtig.

Bei **subjektiven Gewährleistungen** ist Bezugspunkt der Tag der **Vertragsunterzeichnung**. Denn nur dann kann der Verkäufer sinnvoller Weise zusichern, dass seines Wissens nach bestimmte Eigenschaften gegeben sind oder eben nicht vorliegen. Es wäre hingegen nicht sinnvoll, dass er bei Vertragsunterzeichnung zusichert, dass bei *Closing* seines Wissens nach ein bestimmter Umstand gegeben sein wird. Es ist logisch nicht denkbar, dass der Verkäufer bereits bei *Signing* zusichert, dass zum *Closing* seines Wissens bestimmte Umstände vorliegen, er kann am Tag des *Signing* zu seinem Wissensstand bei *Closing* noch keine Aussage treffen. Zielführend ist aber eine **Verpflichtung** des Verkäufers, den Käufer über solche Umstände **zu informieren**, von denen er nach Vertragsunterzeichnung aber vor dem dinglichen Rechtsübergang Kenntnis erlangt (sog. *Disclosure Letter*)⁶⁴⁹. In diesem Fall ist jedenfalls eine geeignete Rechtsfolge für den Fall vorzusehen, dass der Verkäufer den Käufer von hervorgetretenen Mängeln informiert. Insb stellt sich die Frage, ob der Käufer dennoch verpflichtet sein soll, das *Closing* vorzunehmen oder ob er ein Rücktrittsrecht vom Verpflichtungsgeschäft haben soll⁶⁵⁰. Möglich und aus Sicht des Käufers jedenfalls **zu bevorzugen** ist aber wie gesagt, dass der Verkäufer die Gewährleistungszusagen beim *Closing* **wiederholt**. Ein *Disclosure Letter* kann sich nämlich immer nur auf Umstände beziehen, von denen der Veräußerer Kenntnis erlangt hat. Eine Gewährleistungszusage ist demgegenüber für den Erwerber günstiger, da dann verschuldensunabhängig auch versteckte Mängel erfasst sind.

3.3.6 Verhältnis zu *Covenants* (Handlungspflichten)

a) Rechtsnatur

Gewährleistungszusagen sind Zusagen hinsichtlich Eigenschaften des Kaufgegenstandes. Es geht um Verantwortung für das Vorliegen oder Nichtvorliegen bestimmte Tatsachen. Davon

⁶⁴⁶ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 43.

⁶⁴⁷ Zur *earn out*-Klausel s im Detail Punkt 3.3.12c).

⁶⁴⁸ Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 856 f.

⁶⁴⁹ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 610 mit Verweis auf Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf § 10 Rz 45.

⁶⁵⁰ Siehe ausführlich zu dieser Thematik Punkt 3.4.4c).

sind vertragliche Verpflichtungen des Veräußerers zu unterscheiden, denen zufolge dieser bestimmte Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen hat. Derartige vertragliche **Handlungspflichten** werden als **Covenants** bezeichnet.

Bei Verstoß gegen *Covenants* kann der Vertragspartner nach allgemeinen Regeln **Erfüllung** verlangen sowie bei **schuldhafter** Nichterfüllung **Schadenersatz** fordern. Die gesetzlichen Rechtsfolgen können selbstverständlich ebenfalls vertraglich modifiziert werden⁶⁵¹.

Häufig sind Handlungspflichten als **aufschiebende Bedingung für den dinglichen Rechtsübergang** ausgestaltet (sog. **Closing Conditions**)⁶⁵², sodass sachenrechtlich das Eigentum am Kaufgegenstand erst übergeht, wenn der Verkäufer bestimmte Handlungen vorgenommen hat. Der Käufer hat dann meist das Recht, auf den Eintritt bestimmter aufschiebender Bedingungen zu verzichten. Diese Konstruktion passt jedoch nicht für alle Handlungspflichten, vielmehr ist nach der jeweiligen Interessenlage zu differenzieren.

Beispiele für *Covenants* sind etwa:

- die Bewirkung des Eintritts der **aufschiebenden Bedingungen** sowie die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages;

Sample Clause:

“During the period between the Signing Date and the Closing Date (“the Interim Period”), the Seller shall use its best efforts to satisfy or cause to be satisfied the Conditions Precedent and to obtain each consent, permission or approval necessary for the fulfilment of its obligations under this Agreement and the consummation of the transaction contemplated thereby.”

- Pflichten des Verkäufers betreffend die Geschäftsführung des Zielunternehmens (**Conduct of Business- Klausel**)⁶⁵³;
- die Fassung oder Nichtfassung von **Gesellschafterbeschlüssen** (zB Neufassung des Gesellschaftsvertrages);

Sample Clause⁶⁵⁴:

“Until the Closing Date, the Seller shall not adopt or permit the adoption of any shareholders’ resolution of the Company regarding the liquidation of the Company, dividend distributions or any amendment to the Articles of Association without the prior written consent of the Purchaser.”

Sample Clause *change of management*:

“At least three Business Days prior to Closing, the Seller shall cause the directors of the Company to tender their resignations from the office as of the Closing Date⁶⁵⁵. The

⁶⁵¹ Dazu s Punkt 4.9.6.

⁶⁵² Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 44; Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement², 117 ff.

⁶⁵³ Näheres dazu sogleich in Abschnitt 3.3.6b).

⁶⁵⁴ Vgl Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement², 219.

Purchaser agrees to vote in the shareholders' meeting to acknowledge such resignation, to discharge the resigning directors for the performance of their official duties as directors until the Closing Date and to appoint new directors."

- **Informationspflichten** betreffend Tatsachen oder Ereignisse, die der Durchführung des Vertrages, wie von den Parteien intendiert, entgegenstehen;

Sample Clause:

*"Until the Closing Date, the Seller **shall promptly notify** the Purchaser in writing of*

*(i) the existence or occurrence of any fact that may make the satisfaction of the **Conditions Precedent** impossible, impractical or unrealistic; or*

*(ii) the existence or occurrence of any fact which may result in any **Warranty** being incorrect, inaccurate, incomplete or misleading; or*

*(iii) the **breach of any covenant** or other obligation of the Seller under or in the context of this Agreement."*

b) Conduct of Business (Interim Management)

Da der Käufer im Regelfall vor dem Stichtag des dinglichen Rechtsüberganges keine Einflussmöglichkeiten auf das Unternehmen hat, verlangt er vom Verkäufer eine besondere Zusicherung, die den Zeitraum zwischen *Signing* und *Closing* abdecken soll: Der Verkäufer sichert hierbei üblicherweise zu, dass er während dieses Zeitraums das Unternehmen mit der **Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers** führen und **keine außergewöhnlichen Maßnahmen** ergreifen wird.

Da es sich dabei um vertragliche Handlungspflichten bzw Handlungsverbote handelt, gehört die **Conduct of Business**-Klausel zu den *Covenants*. Die Formulierung kann entweder absolut erfolgen oder – im Interesse des Veräußerers – auf eine **Bemühungspflicht** eingeschränkt werden (*best effort*).

Im Fall, dass im Geschäftsbetrieb des Zielunternehmens vor dem *Closing* bestimmte außergewöhnliche oder sonst besonders wichtige Maßnahmen getroffen werden sollen, sollten gewisse Mitwirkungsrechte des Erwerbers vorgesehen werden: Die Bandbreite hierbei reicht von **Zustimmungsrechten** bis zu bloßen **Informations- und Einsichtsrechten**. Im Fall von Zustimmungswerten besteht der Veräußerer im Gegenzug meist darauf, dass die Zustimmung nicht aus unsachlichen Gründen verweigert oder verzögert werden darf.

Im Zusammenhang mit Mitwirkungsrechten des Erwerbers ist in jedem Fall deren **kartellrechtliche Zulässigkeit** zu prüfen, da im Anwendungsbereich der Fusionskontrolle ein Durchführungsverbot gelten kann⁶⁵⁶.

Beim **Anteilskauf** ist darauf zu achten, dass der Verkäufer unter Umständen nicht selbst in die Geschäftsführung involviert ist. Die Handlungspflicht ist diesfalls so auszugestalten, dass der Veräußerer sich dazu verpflichtet, seine **gesellschaftsrechtlichen Einflussrechte** so

⁶⁵⁵ "(such resignation including a waiver of any right or claim against the Company but for accrued director's fees)".

⁶⁵⁶ Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 700.

auszuüben, dass die betreffenden Handlungen in der Zielgesellschaft gesetzt werden⁶⁵⁷. Dasselbe gilt im Verhältnis zu Tochtergesellschaften.

Beispiel für eine *Conduct of Business*-Klausel mit **Beratungs- und Informationsrecht** des Käufers⁶⁵⁸:

*„Der Verkäufer verpflichtet sich, **dafür zu sorgen**, dass zwischen Signing und Closing die Geschäfte der Gesellschaft im Rahmen ihres **gewöhnlichen Geschäftsbetriebes** entsprechend der bisherigen Praxis geführt werden.*

*Sofern die Gesellschaft beabsichtigt, zwischen Signing und Closing Geschäfte vorzunehmen, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft gehören oder die einen Gesamtbetrag von EUR [●] übersteigen, wird der Verkäufer den Käufer davon umgehend **informieren** und sich unter Beachtung der gesetzlichen Rahmenbedingungen⁶⁵⁹ mit dem Käufer über die weitere Vorgehensweise **beraten**.“*

Sample Clause including information and consent requirements: **Conduct of Business during the Interim Period:**

“During the period between the Signing Date and the Closing Date (“the Interim Period”), the Seller shall [use its best effort to⁶⁶⁰]:

(a) cause the Company⁶⁶¹ to carry on its respective business in the ordinary course;

*(b) – including without limitation – causing the Company to preserve intact its current **business organization, goodwill, insurance coverage and business relations**;*

*(c) – including without limitation – causing the Company **not to** make any [material⁶⁶²] modification in the usual **accounting** practices, not to enter into any Material Agreement, not to acquire or dispose of any Material Assets and not to enter into any material obligation⁶⁶³*

⁶⁵⁷ ZB durch die Formulierung: “The Seller shall cause the Company to ...”; oder als Garantie: “The Seller shall ensure that until the Closing date the Company shall preserve material assets in good working condition.”.

⁶⁵⁸ Vgl Kletter in Hausmaninger/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch I, 114.

⁶⁵⁹ Insb kartellrechtliche Bestimmungen.

⁶⁶⁰ Die Einschränkung auf eine Bemühungspflicht liegt im Interesse des Verkäufers.

⁶⁶¹ [... by using its corporate powers to the extent permitted by applicable law, e.g. by voting in shareholders’ meetings or by instructing the Company’s director so as to cause ...”].

⁶⁶² Die Einschränkung liegt im Interesse des Verkäufers.

⁶⁶³ Weitere Möglichkeiten für *Conduct of Business Covenants* wären zB: „... not to make a capital expenditure or commit to make a capital expenditure (other than those provided for in the capex budget attached hereto as Annex [●]) exceeding EUR [●] per single capital expenditure ...; ... not to enter into any loan to any Person, incur any indebtedness (other than indebtedness set out in Annex [●]) or issue any Guarantee or create or permit to exist any new Lien on any asset...; ... not to hire additional personnel except for personnel required to replace terminated Employees...; increase or commit to increase the compensation payable to its Employees and directors, including personal benefits, bonuses and indemnities...”.

without the prior written consent of the Purchaser [such consent not to be unreasonably withheld or delayed^{664,665}];

*(d) cause the Company to **inform** the Purchaser in writing of the termination of services of any Key Employee or of the termination of any Material Agreement;*

*(e) cause the Company to grant the Purchaser upon reasonable notice and during business hours **access to the books and records** of the Company and, to the extent legally permissible, of the Subsidiaries provided that the Purchaser does not unreasonably interfere with business operations;*

*(f) cause the Company to furnish the Purchaser with such financial, operating and other business **data and information** in respect of the Company and the Subsidiaries as the Purchaser may from time to time reasonably request;*

*(g) cause the Company to use its corporate powers to the extent legally permissible to cause the **Subsidiaries** to comply with equivalent restrictions as set forth in (a) through (f)."*

Nachteilige Veränderungen des Unternehmens zwischen *Signing* und *Closing*, die nicht infolge eines Verstoßes gegen *Covenants* eintreten, sind von einer *Conduct of Business*-Klausel nicht erfasst. Das Risiko einer **zufälligen Verschlechterung des Kaufgegenstandes zwischen Signing und Closing** trägt somit grundsätzlich der Käufer (es sei denn Gewährleistungszusagen werden auf den Zeitpunkt des *Closing* bezogen)⁶⁶⁶. In einer sog **MAC-Klausel**⁶⁶⁷ kann eine Interessenabwägung dahin getroffen werden, dass dem Käufer für Fälle zufälliger wesentlicher Verschlechterungen des Unternehmens ein **Rücktrittsrecht** eingeräumt wird⁶⁶⁸.

c) Zusammenfassung: Absicherung des Käufers für den Zeitraum zwischen *Signing* und *Closing*

In Zusammenfassung obiger Ausführungen bestehen grundsätzlich folgende Möglichkeiten, um den Erwerber für den Zeitraum zwischen *Signing* und *Closing* abzusichern:

Objektive Gewährleistungen für das Vorliegen / Nichtvorliegen bestimmter Umstände, die **zum Closing** abgegeben (oder wiederholt) werden, sind aus Sicht des Käufers vorteilhaft, da zum einen sowohl versteckte bereits vorhandene als auch erst nach *Signing* neu eintretende Mängel erfasst werden, und zum anderen die Ansprüche des Käufers unabhängig von einem Verschulden des Verkäufers (wie zB Kenntnis oder Kennenmüssen des Umstandes) sind. Zu

⁶⁶⁴ Die Einschränkung liegt im Interesse des Verkäufers.

⁶⁶⁵ Zusätzlich kann im Interesse des Verkäufers vorgesehen werden, dass die Zustimmung als erteilt gilt, wenn sie nicht innerhalb einer bestimmten Frist verweigert wird: „*It is understood that any consent requested by the Seller shall not be unreasonably denied and shall be deemed to be granted if not denied in writing within 5 Business Days of the receipt of the written request attaching the relevant supporting documentation.*“.

⁶⁶⁶ Siehe dazu Punkt 3.3.5: Werden Zusicherungen auf den *Closing*-Zeitpunkt bezogen, trägt der Verkäufer das volle Risiko für zwischenzeitige zufällige nachteilige Veränderungen.

⁶⁶⁷ *Material Adverse Change*.

⁶⁶⁸ Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 733 mwN.

beachten ist, ob nach dem für Gewährleistungsansprüche vereinbarten Rechtsfolgenregime ein Rücktrittsrecht des Käufers generell ausgeschlossen ist. Ein Rücktritt im Fall besonders krasser Mängel sollte möglich sein.

Demgegenüber gewähren vereinbarte **Handlungspflichten** des Veräußerers (*Covenants*), wie zB eine *Conduct of Business*-Klausel, grundsätzlich bei schuldhafter Pflichtverletzung einen Schadenersatzanspruch. Für Verschlechterungen außerhalb bestehender Handlungspflichten einerseits sowie (sonst) ohne Verschulden des Veräußerers eintretende Veränderungen andererseits trägt der Käufer das Risiko.

Eine **MAC-Klausel** (*material adverse change*) räumt dem Käufer im Fall erheblich nachteiliger Veränderungen ein Rücktrittsrecht ein. Dies erfasst grundsätzlich auch zufällige Verschlechterungen⁶⁶⁹. Je nach Risikoallokation kann jedoch ein Rücktritt bei externen Veränderungen ausgeschlossen oder auf vertragswidriges Handeln des Veräußerers begrenzt werden⁶⁷⁰. Auf eine Abstimmung mit vorhandenen Finanzierungsinstrumenten, die ihrerseits bei bestimmten Ereignissen ein außerordentliches Kündigungsrecht⁶⁷¹ vorsehen, ist zu achten. Der Definition der Erheblichkeitsschwelle⁶⁷² kommt ebenso wie jener der relevanten Umstände⁶⁷³ erhebliche Bedeutung zu.

Häufig wird der Nichteintritt einer wesentlichen nachteiligen Veränderung als *Closing Condition* vereinbart. Damit sind jedoch konzeptionelle Probleme verbunden: Tritt nach der Vertragstechnik das *Closing* automatisch bei Erfüllung sämtlicher aufschiebender Bedingungen ein, stellt sich die Frage, welcher Zeitpunkt für den Nichteintritt der nachteiligen Veränderung relevant sein soll. Es müsste wohl an jenen Zeitpunkt angeknüpft werden, zu dem die letzte der sonstigen (positiven) Bedingungen tatsächlich eingetreten ist. Ist ein Nachweis des Eintritts sämtlicher Bedingungen vorgesehen, ist fraglich, wie der Nichteintritt nachteiliger Veränderungen, außer durch eine entsprechende Zusage des Veräußerers, nachgewiesen werden soll. Dann besteht aber konzeptionell wohl kein Unterschied zwischen „MAC-Klausel“ und Gewährleistungszusage (s oben).

Die grundsätzlichen Unterschiede der zur Verfügung stehenden Instrumente soll die folgende Gegenüberstellung verdeutlichen:

Instrument	Anwendungsbereich	Rechtsfolge
Objektive Gewährleistungszusage zum <i>Closing</i> -Zeitpunkt	- unabhängig von Verschulden bzw (bestem) Wissen des	Verbesserung / Preisminderung / Rücktritt je nach vertraglicher Ausgestaltung der

⁶⁶⁹ ZB *Force majeure* (Naturkatastrophen, Kriege, Attentate, Streiks), gesamtwirtschaftliche Entwicklungen oder unternehmensbezogene Entwicklungen (Schadensfälle, Kündigung durch Vertragspartner etc.); s *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 63.

⁶⁷⁰ *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 63.

⁶⁷¹ *Events of Default*; diese können zur Fälligkeitstellung des gesamten Kredits führen.

⁶⁷² IdR anknüpfend an Unzumutbarkeit.

⁶⁷³ ZB nur externe (gesamtwirtschaftliche) oder auch unternehmensbezogene Faktoren.

	Verkäufers; - versteckte Mängel und im Zeitraum zwischen <i>Signing</i> und <i>Closing</i> erst eintretende	Rechtsfolgen
Covenant , insb <i>Conduct of Business</i>	Verschulden	Schadenersatz
MAC-Klausel	Erhebliche nachteilige Änderung, auch zufällige	Rücktritt

3.3.7 Verhältnis zu *Indemnities* (Freistellungsverpflichtungen)

Bei *Indemnities*-Regelungen handelt es sich um **Freistellungsverpflichtungen**, die zumeist dem Grunde nach **bekannte Risiken** abdecken⁶⁷⁴. Ungewiss ist die Höhe sowie der Zeitpunkt, zu dem sich das Risiko realisiert. Sie sind regelmäßig als **Schad- und Klagloserklärungen** formuliert.

Freistellungsverpflichtungen sind daher von der Rechtsnatur meistens als **echte Garantien** iSd § 880a zweiter Halbsatz ABGB anzusehen, sodass die **Kenntnis** des Mangels bzw des Risikos dem Käufer **nicht schadet**⁶⁷⁵.

Gewährleistungen schützen somit grundsätzlich vor unbekannten Risiken; Freistellungen verteilen bekannte Risiken⁶⁷⁶.

Gewährleistungsansprüche bestehen grundsätzlich nicht, wenn der Mangel bekannt ist und somit der gesetzliche Gewährleistungsausschluss greift⁶⁷⁷. Doch selbst im Fall, dass der Mangel nicht bekannt ist, sind nach Ansicht des OGH⁶⁷⁸ bereits aufgrund des Wortlauts einer solchen Vereinbarung als Schad- und Klagloserklärung (im Anlassfall eine Steuerklausel) **Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen**, da nicht Mängelfreiheit iSd § 923 ABGB zugesagt wurde, sondern vielmehr eine Garantiezusage vorliegt. Dies bedeutet, dass bei der **Formulierung** sowie bei der **gerichtlichen Geltendmachung** besondere Achtsamkeit geboten ist: Wird in einer Klausel das Nichtbestehen von Forderungen Dritter zugesagt, liegt eine Gewährleistungszusage vor. Sagt der Verkäufer hingegen zu, den Käufer hinsichtlich

⁶⁷⁴ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 46; Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement², 117.

⁶⁷⁵ Zur echten Garantie s sogleich in Punkt 3.3.8.

⁶⁷⁶ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 46 mit Verweis auf Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement², 117.

⁶⁷⁷ Siehe bereits Punkt 1.7.3.

⁶⁷⁸ OGH 2 Ob 68/00i, RdW 2000/438; die Differenzierung war im Anlassfall prozessentscheidend, da der Kläger seinen Anspruch ausschließlich auf Gewährleistung gestützt hatte; vgl OGH 10 Ob 21/08y, ecolex 2009/257; s dazu I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf I Rz 11.

allfälliger Forderungen Dritter schad- und klaglos zu halten, so muss dies im Prozess als Garantie- und nicht als Gewährleistungsfall geltend gemacht werden.

Beispiel: **Schad- und Klagloshaltung** hinsichtlich Steuern und Abgaben

„Der Verkäufer verpflichtet sich, den Käufer oder – nach freier Wahl des Käufers – die Gesellschaft hinsichtlich zum Zeitpunkt des Signing bestehenden Steuer- und Abgabenverbindlichkeiten der Gesellschaft schad- und klaglos iSd § 880a zweiter Halbsatz ABGB (Erfolgszusage) zu halten.“

Sample Clause⁶⁷⁹: **Tax Indemnity**

*„The Seller shall **indemnify and hold the Purchaser, and/or at the Purchaser’s discretion the Company**⁶⁸⁰, harmless within the meaning of sec 880a second half sentence of the Austrian Civil Code (§ 880a zweiter Halbsatz ABGB; Erfolgszusage), and/or at the discretion of the Purchaser the Company or a Subsidiary, from and against any [Taxes relating to any periods ending on or before the Closing Date, by paying an amount equal to the Taxes to the Purchaser or, at the Purchaser’s discretion, to the Company, if and to the extent that such Tax has not been fully paid on or prior to the Closing Date. ...]. The Seller’s payment obligation shall become due on the date on which the Purchaser or the Company has paid [the respective Taxes].“*

3.3.8 Verhältnis zur unechten und echten Garantie

Die Unterscheidung zwischen Gewährleistung und echter bzw. unechter Garantie bezieht sich zum einen auf die **Art der Zusage**, zum anderen oft auch auf den **Zeitpunkt**, auf den die Zusage abstellt.

Die Standardformulierung *„Der Verkäufer sichert zu und leistet Gewähr, dass zum Zeitpunkt der Übertragung ...“* ist als bloße Eigenschaftszusage iSd § 922 ABGB (warranties) anzusehen und stellt als solche auf den Zeitpunkt der Übergabe ab⁶⁸¹.

Die Parteien können den Fristenlauf oder den relevanten Zeitpunkt verschieben.

Im Fall der Erweiterung der gesetzlichen Gewährleistungsregeln wird regelmäßig der Begriff **„unechte Garantie“** verwendet. Hierbei handelt es sich jedoch bloß um modifizierte Eigenschaftszusagen⁶⁸². Hauptanwendungsfall einer unechten Garantie ist die **Verschiebung des Zeitpunktes**, für den die Gewährleistungszusagen abgegeben werden. Nach dem Gesetz ist für Mängel, die im Zeitpunkt des Abschlusses des Verfügungsgeschäftes vorlagen, zu gewährleisten. Werden die Eigenschaftszusagen demgegenüber nicht für diesen Zeitpunkt gemacht sondern auf einen **gewissen Zeitraum** danach erstreckt („Garantiezeitraum“), so

⁶⁷⁹ Vgl. Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement², 196.

⁶⁸⁰ Bei Tochtergesellschaften zusätzlich: „...or the Group Entities“.

⁶⁸¹ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 50; Puck, Der Unternehmenskauf 136; Reischauer in Rummel, ABGB³ §§ 922 f Rz 5; Wiedenbauer/Klauninger, ecolex 2003, 397.

⁶⁸² Parschalk/Wahl, wbl 2003, 256; Puck, Der Unternehmenskauf 105, 136; Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch M&A 495.

ändert dies nichts daran, dass es sich der Rechtsqualität nach um Eigenschaftszusagen iSd § 922 ABGB und somit immer noch um einen **Haftungstatbestand des Gewährleistungsrechts** handelt⁶⁸³. Gleichmaßen kann eine vollständige Beweislastumkehr oder eine verschuldensunabhängige Ersatzpflicht für Mangelfolgeschäden vorgesehen werden⁶⁸⁴. Auch eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist kommt in Betracht⁶⁸⁵. Eine solche gewissermaßen zugunsten des Käufers erweiterte **atypische Gewährleistung** wird auch als unechte Garantie bezeichnet⁶⁸⁶. Maßgeblich für die Beurteilung der Rechtsnatur ist der **Parteiwille** und nicht die Bezeichnung als „Garantie“⁶⁸⁷. Für den Fall, dass Mangelfreiheit für einen gewissen Zeitraum zugesichert wird, ist lediglich der Zeitpunkt, für den einzustehen ist, verschoben, nicht jedoch die Gewährleistungsfristen, die an diesen Zeitpunkt anknüpfen⁶⁸⁸. Im Ergebnis führt dies zu einer **Beweiserleichterung** für den Erwerber, da der Zeitpunkt des Eintritts des Mangels innerhalb des Zeitraums unerheblich ist⁶⁸⁹. Wurde der Mangel durch höhere Gewalt oder unsachgemäßes Handeln des Erwerbers oder Dritter verursacht, hat dies der Veräußerer zu beweisen⁶⁹⁰.

Garantiert der Verkäufer hingegen iSd § 880a 2. Halbsatz ABGB für das Vorliegen bestimmter Eigenschaften, so verpflichtet er sich, für einen bestimmten Erfolg einzustehen und haftet für volle Genugtuung. Die echte Garantie begründet einen **selbständigen Verpflichtungsgrund**, eine selbständige Schuld, die von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldverhältnisses unabhängig ist⁶⁹¹. Das Garantieverhältnis kann nicht nur dreipersonal sondern auch **zweipersonal** ausgestaltet sein, wie es bei einer Garantie des Veräußerers an den Erwerber in diesem Zusammenhang der Fall ist^{692,693}.

⁶⁸³ Puck, Der Unternehmenskauf 137.

⁶⁸⁴ Wiedenbauer/Klauninger, ecolex 2003, 397.

⁶⁸⁵ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 Rz 12.

⁶⁸⁶ Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³ IV § 880a Rz 10; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 92; Puck, Der Unternehmenskauf 136.

⁶⁸⁷ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 Rz 12; Wiedenbauer/Klauninger, ecolex 2003, 397.

⁶⁸⁸ Puck, Der Unternehmenskauf 136; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 Rz 12 mwN.

⁶⁸⁹ Puck, Der Unternehmenskauf 136; Wiedenbauer/Klauninger, ecolex 2003, 397.

⁶⁹⁰ Wiedenbauer/Klauninger, ecolex 2003, 397 mit Verweis in FN 19 auf Nowotny/Gelter, GesRZ 2000, 64; Reidinger, Rechtsprobleme der Garantieabrede 44 f; OGH 1 Ob 555/81 JBl 1982, 318 (Ansprüche aus einer Garantie dafür, dass ein bestimmter Mangel während einer bestimmten Frist nach Durchführung der Reparatur nicht wieder auftritt, bestehen auch dann, wenn die Ursache des Mangels ungeklärt ist, es sei denn der Garant erbringt den Beweis, dass der Grund des Mangels nicht die Erfolglosigkeit der Reparatur war).

⁶⁹¹ Koziol, Der Garantievertrag 3, 26.

⁶⁹² Wiedenbauer/Klauninger, ecolex 2003, 397.

⁶⁹³ Zur Rechtsnatur der echten Garantie s bereits unter Punkt 1.2 sowie die Gegenüberstellung der gesetzlichen Rechtsfolgen von Gewährleistung, Schadenersatz und Garantie unter Punkt 2.6).

Ob eine vertragliche Formulierung als Eigenschaftszusage, als unechte oder echte Garantie zu verstehen ist, ist eine Frage der **Vertragsauslegung**. Hierfür gelten die allgemeinen Regeln der §§ 914 f ABGB. Auch die Unklarheitenregel des § 915 ABGB ist zu beachten, allerdings nur subsidiär, wenn der Vertragsinhalt anders nicht ermittelt werden kann^{694,695}. Nach der Vertrauens Theorie ist ausschlaggebend, wie ein redlicher Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen durfte⁶⁹⁶.

Hierbei werden Zusicherungen idR **restriktiv** interpretiert und wird zT selbst bei der Formulierung „*Der Verkäufer garantiert dafür, dass...*“ angenommen, dass es sich um eine bloße Eigenschaftszusage und nicht um eine echte Garantie iSd § 880a ABGB handelt, da mit einer echten Garantiezusage eine erhebliche zusätzliche Haftung begründet wird⁶⁹⁷. Es müssen **besondere Gründe** vorliegen, damit eine echte Garantie angenommen werden kann. Die Erstreckung auf einen „**Garantiezeitraum**“ ist regelmäßig kein Indiz für eine echte Garantie, denn daraus kann nicht geschlossen werden, dass der Vertragspartner über das Gewährleistungsrecht hinaus eine zusätzliche Haftung für sämtliche Folgen eines Mangels übernehmen will⁶⁹⁸.

In der Lehre wird die Auffassung vertreten⁶⁹⁹, dass eine Garantie dann vorliege, wenn dem Käufer bei Vertragsabschluss erkennbar ist, dass der mangelfreien Leistung ein Hindernis entgegensteht und dass der Verkäufer das **Hindernis kennt** und dennoch eine unbeschränkte Leistungszusage abgibt, obwohl ihm seinerseits erkennbar ist, dass auch der Käufer das Hindernis erkannt hat. Diesfalls kann für einen redlichen Erklärungsempfänger kein Zweifel an der Annahme eines über die Leistungszusage hinausgehenden Versprechens bestehen. Vom **vertrauens theoretischen** Ansatz her problematisch ist allerdings der Fall, in dem das Leistungshindernis bloß dem Verkäufer, nicht jedoch dem Käufer erkennbar ist, da in einem solchen Fall kein Vertrauenstatbestand für eine Garantieerklärung geschaffen wird. Die zitierte Literaturauffassung hingegen bejaht im Wege eines Größenschlusses auch dort die Annahme einer Garantie.

Eine echte Garantie wird weiters bejaht⁷⁰⁰, wenn der Käufer auf Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft **besonderen Wert** legt oder auf der Abgabe einer Garantie beharrt und der Verkäufer vor diesem Hintergrund eine Garantie mit dem gewünschten Inhalt abgibt. Ebenso wenn der Verkäufer eine Haftung für den **zukünftigen Unternehmenserfolg**

⁶⁹⁴ Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³ IV § 878 Rz 12; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 Rz 12.

⁶⁹⁵ Siehe dazu auch Punkt 3.3.13.

⁶⁹⁶ Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³ IV § 878 Rz 12; Puck, Der Unternehmenskauf 138.

⁶⁹⁷ OGH 7 Ob 506/91 RdW 1991, 142 = JBl 1991, 385; Fritz, SWK 2005, W 169; Puck, Der Unternehmenskauf 138.

⁶⁹⁸ Puck, Der Unternehmenskauf 137 f; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 Rz 12; Wiedenbauer/Klauninger, ecolex 2003, 397; OGH 7 Ob 506/91 RdW 1991, 142 = JBl 1991, 385.

⁶⁹⁹ F. Bydlinski in Klang² IV/2, 125 ff; auf diesen Bezug nehmend Puck, Der Unternehmenskauf 138.

⁷⁰⁰ Puck, Der Unternehmenskauf 139.

abgibt⁷⁰¹. Eine „Garantie“ für den Ersatz von Schäden bedeutet regelmäßig eine Haftungsübernahme auch für unverschuldete Schäden⁷⁰².

Aufgrund der bestehenden Unsicherheit sollte bei der Vertragsverfassung eine **präzise Formulierung** gewählt werden, die keinen Zweifel über die Rechtsqualität der getroffenen Zusicherungen offen lässt. Ist eine echte Garantie beabsichtigt, sollte die Klarstellung vorzugsweise durch einen expliziten Verweis auf § 880a zweiter Halbsatz ABGB erfolgen. Auch die ausdrückliche Anordnung einer verschuldensunabhängigen Haftung ist möglich⁷⁰³, jedoch ist damit der Umfang des Anspruchs noch nicht klargestellt sondern bedarf wiederum näherer Präzisierung.

Für eine **bloße Eigenschaftszusage iSd § 922 ABGB** empfiehlt sich daher folgende Formulierung:

„Der Verkäufer leistet Gewähr, dass zum Zeitpunkt des Verfügungsgeschäfts ...“.

Eine **unechte Garantie** könnte folgendermaßen lauten:

„Der Verkäufer leistet Gewähr, dass ab Unterfertigung dieses Vertrages für einen Zeitraum von [...] Monaten folgende Eigenschaften vorliegen: ...“

Ist hingegen eine **echte Garantie iSd § 880a zweiter Halbsatz ABGB** beabsichtigt, sollte explizit auf die gesetzliche Bestimmung hingewiesen werden:

„Der Verkäufer garantiert iSd § 880a 2. Halbsatz ABGB dafür, dass ...“.

Sample Clause **warranty**:

“The Seller represents (sichert zu) and warrants (gewährleistet) to the Buyer that, subject to the limitations as set forth in Clause [●], the following statements are true, accurate, complete and not misleading on the date of Signing and on the Closing Date: ...”

Sample Clause **guarantee**:

“The Seller hereby represents (sichert zu), warrants (gewährleistet) and guarantees within the meaning of Sec. 880a Austrian Civil Code (ABGB) that the following statements are true, accurate, complete and not misleading on the date of Signing and on the Closing Date: ...”

3.3.9 To guarantee or not to guarantee⁷⁰⁴ – that’s not always the decisive question

Die Unterscheidung zwischen Gewährleistungszusagen und Garantien steht in der Praxis regelmäßig im Mittelpunkt des Interesses und ist oft Gegenstand heftiger Diskussionen. Oft wird jedoch die Bedeutung des Klauselkataloges per se überschätzt und der Zusammenhang zwischen den Eigenschaftszusagen, der Frage, wie mit den Ergebnissen der Due Diligence

⁷⁰¹ Puck, Der Unternehmenskauf 139 mit Verweis auf OGH JBl 1986, 46 (Reidinger).

⁷⁰² OGH RdW 1984, 105; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 933 Rz 12 mwN; Wiedenbauer/Klauninger, ecolex 2003, 397.

⁷⁰³ So Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 54.

⁷⁰⁴ Siehe den Titel des Beitrags von Flener, To guarantee or not to guarantee – That’s the question, in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 597.

umgegangen wird, und der Regelung der **Rechtsfolgen** nicht ausreichend beachtet. Die Unterscheidung zwischen Garantie und Gewährleistung kann sich mitunter nämlich verwischen, wenn die Rechtsfolgen ohnehin **autonom** und einheitlich für sämtliche Verstöße gegen Zusicherungen geregelt werden. Im Zentrum der Aufmerksamkeit sollte daher – oft entgegen der gängigen Praxis und unabhängig von der Bezeichnung der Zusagen – die **Regelung der Gewährleistungsbehelfe** stehen.

Um die Relativität des Klauselkataloges sowie der Bezeichnung auf Tatbestandsebene als Gewährleistungen oder Garantien zu verdeutlichen, soll hier vorab ein kurzer Abriss der gestaltbaren Rechtsfolgen dargestellt werden⁷⁰⁵. Es zeigt sich, dass durch vertragliche Regelung letztlich ein **hybrides und autonomes Rechtsfolgensystem** geschaffen werden kann, das Elemente der gesetzlichen Haftungen nahezu beliebig kombinieren lässt.

Entscheidend iZm der Gewährleistung ist hierbei nicht primär die Frage, ob Verschulden Voraussetzung für Ansprüche sein soll oder nicht, da sowohl Garantie als auch Gewährleistung verschuldensunabhängig sind. Nur gegenüber Schadenersatzansprüchen hat die Garantie den Vorteil der **Verschuldensunabhängigkeit** des Anspruchs.

Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstituten liegt im **Umfang** des Anspruchs: Die Garantie führt zu einer **verschuldensunabhängigen abstrakten** Haftung für das **Erfüllungsinteresse** (Nichterfüllungsschaden)⁷⁰⁶. Dies bedeutet, dass im Rahmen einer Garantie nach der gesetzlichen Konzeption auch der **Schadenersatz** verschuldensunabhängig und stets einschließlich des **entgangenen Gewinns** geltend gemacht werden kann. Die Verschuldensunabhängigkeit des Schadenersatzanspruchs mag aus praktischer Sicht der Rechtsdurchsetzung aufgrund der Beweislastumkehr für das Verschulden gem § 1298 ABGB noch nicht ausschlaggebend erscheinen. Ein wesentlicher Unterschied kann aber darin liegen, dass auch bei **unbehebaren Mängeln** das Erfüllungsinteresse verlangt werden kann, während ein Schadenersatzanspruch aus Kausalitätsgründen in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle nur den Vertrauensschaden abdeckt. Der konkreten Formulierung des Anspruchsumfanges kommt in diesem Zusammenhang entscheidende Bedeutung zu⁷⁰⁷. Im Vergleich zu Gewährleistungsansprüchen erstreckt sich der Garantieanspruch auch auf **Mangelfolgeschäden**. Ein wesentlicher Vorteil besteht auch darin, dass weder **augenfällige**, offengelegte, **bekannte** noch aus öffentlichen Büchern ersichtliche Mängel den Garantieanspruch ausschließen⁷⁰⁸.

Im Hinblick auf die **Verfahrensregeln** kommt es darauf an, ob die Parteien besondere **Beweislastregeln** vereinbart haben, zB ob in den ersten sechs Monaten nach Übergabe eine

⁷⁰⁵ Siehe bereits den Überblick zu den gesetzlichen Rechtsfolgen in Punkt 2.6.

⁷⁰⁶ Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³ IV § 880a Rz 12; Gschnitzer in Klang² IV/2m 223; Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 51; Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² § 880a Rz 2; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 153; OGH SZ 46/39; OGH JBl 1986, 46.

⁷⁰⁷ Es macht einen Unterschied, ob gemäß der Rechtsfolgenregelung der Käufer so zu stellen ist, als wäre die Gewährleistungszusage des Verkäufers zutreffend gewesen (Erfüllungsinteresse), oder so zu stellen, als hätte der Verkäufer keine unrichtige Zusage abgegeben (Vertrauensschaden).

⁷⁰⁸ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch M&A 601.

Beweislastumkehr hinsichtlich des Zeitpunktes der Mangelhaftigkeit vorgesehen ist oder nicht.

Entscheidend auf **Tatbestandsebene** ist, wie bereits angesprochen, die Frage, ob der Käufer Ansprüche bei augenfälligen bzw im Zuge der Due Diligence offen gelegten oder sonst bekannt gewordenen Mängeln haben soll bzw er sich **mangelnde Sorgfalt bei der Durchführung der Due Diligence** entgegenhalten lassen muss. Wesentlich ist daher jedenfalls, wie mit den bei der Due Diligence offengelegten oder erkennbaren Mängeln umgegangen wird. Eine echte Garantie liegt nur dann vor, wenn sowohl für erkennbare als auch offengelegte Mängel die Ansprüche des Käufers nicht eingeschränkt werden. Dies ist in der Praxis nur sehr selten der Fall, da sich dann die Durchführung einer Due Diligence aus rechtlicher Sicht weitgehend erübrigen würde. Sie hätte dann lediglich die Funktion, potentielle Risiken zu identifizieren, um zu bestimmen, auf welche Bereiche (zB Steuern, Umweltrisiken, Ansprüche Dritter etc) sich die Garantiezusagen inhaltlich beziehen sollen.

Zusammengefasst bedeutet dies, dass dem Käufer die **Bezeichnung der Eigenschaftszusagen als Garantien** überhaupt nichts nützt, wenn in weiterer Folge vereinbart wird, dass keine Ansprüche für im Rahmen der Due Diligence offengelegte oder erkennbare Mängel zustehen, die Geltendmachung des entgangenen Gewinns ausgeschlossen und für Schadenersatzansprüche Verschulden erforderlich ist. Dann werden nämlich die gesetzlichen **Rechtsfolgen der Garantie** durch eine gegenteilige vertragliche Rechtsfolgenvereinbarung wieder **ausgehöhlt**.

Umgekehrt können auch bei der **Bezeichnung als Gewährleistungszusagen** quasi durch die Hintertüre Effekte einer Garantie erzielt werden, wenn die Rechtsfolgen einheitlich (dh für Gewährleistung und Schadenersatz) verschuldensunabhängig geregelt werden, stets der Ersatz des Erfüllungsinteresses (dh auch bei unbehebaren Mängeln)⁷⁰⁹ und einschließlich des entgangenen Gewinns vereinbart wird und der Käufer durchsetzen kann, dass Mängel bzw Risiken, die er bei Durchführung der Due Diligence erkannt hat, in den Gewährleistungskatalog aufgenommen werden sowie hinsichtlich der Ergebnisse der Due Diligence kein Haftungsausschluss vereinbart wird oder ein solcher sich zumindest nicht auf ausdrücklich abgegebene Zusagen erstreckt.

Die entscheidende Frage lautet somit mE nicht: *To guarantee or not to guarantee?* Sondern vielmehr: *How to remedy or not to remedy? That's the question.*

Dieser untrennbare Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolgen sollte hier verdeutlicht werden, bevor in weiterer Folge im Detail auf die Ausgestaltung des Gewährleistungskataloges sowie im Anschluss daran auf die unterschiedlichen Möglichkeiten der Rechtsfolgengestaltung eingegangen wird.

⁷⁰⁹ So sollte aus Sicht des Käufers darauf geachtet werden, dass eine Formulierung gewählt wird, nach der der Käufer so zu stellen ist als wäre die Zusage des Verkäufers zustreffend gewesen (bzw dem Käufer jener Schaden ersetzt wird, der nicht entstanden wäre, wenn die Zusage des Verkäufers zutreffend gewesen wäre). In diesem Fall umfasst der Anspruch das Erfüllungsinteresse.

3.3.10 Katalog / Rechtsbereiche

Typischerweise deckt ein Gewährleistungskatalog Haftungsrisiken aus folgenden Rechtsbereichen ab⁷¹⁰, wobei sich Besonderheiten und Schwerpunkte aus der jeweiligen Branche sowie aus den Resultaten einer durchgeführten Due Diligence ergeben:

- Gesellschaftsrechtliche Verhältnisse (Rechtsfähigkeit des Veräußerers; Rechtsverhältnisse der Gesellschaft)
- Rechtsverhältnis der Anteile (alleiniges, unbelastetes Eigentum an den Anteilen, vollständige Einzahlung, keine Einlagenrückgewähr)
- Berechtigung zum Vertragsabschluss (gesellschaftsrechtliche Erfordernisse, Zustimmung bzw. Genehmigungen Dritter)
- Geschäftsverlauf und Fortführung des Unternehmens (Geschäftsverlauf seit dem letzten Bilanzstichtag, keine außergewöhnlichen Geschäftsereignisse oder Maßnahmen; keine Umstände bekannt, die zu einer Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebs führen könnten, Zulässigkeit der Fortführung, Hindernisse)
- Jahresabschluss (einschließlich die einzelnen Bilanzpositionen⁷¹¹; Erstellung, Prüfung, Aufbewahrung der Geschäftsunterlagen)
- Steuern und sonstige Abgaben (Vollständigkeit, Richtigkeit und Rechtzeitigkeit sämtlicher Erklärungen, Zahlung bzw. Rückstellung)
- Liegenschaften und Bestandverhältnisse (unbeschränktes Eigentum, keine Beendigung von Bestandverträgen, keine Mietzinsanhebung, ordnungsgemäße Instandhaltung, keine Verletzung von Bauvorschriften oder Rechten Dritter)
- Umwelt (Umweltlasten, Emissionen; Genehmigungen; *Compliance*)
- Anlagevermögen/Umlaufvermögen
- Gewerbliche Schutzrechte (Marken, Muster, Patente, Gebrauchs- und Geschmacksmuster); unbeschränkte Inhaberschaft oder Nutzungsrecht; Bestand, Aufrechterhaltung; aufrechte Lizenzverträge; keine Verletzung von Rechten Dritter, keine Ansprüche von Arbeitnehmern
- Informationstechnologie (keine Funktionsstörung, zeitgemäßer Zustand, Wartung, erlaubte Daten- und Technologienutzung)
- Vertragsverhältnisse (aufrechte Verträge; kein Vertragsbruch; keine *Change of Control*-Klauseln; keine Bindung durch weitere wesentliche Verträge; konzerninterne Verträge)
- Zulieferer und Kunden

⁷¹⁰ Die folgende Auflistung basiert im Wesentlichen auf folgenden Katalogen: *Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 602 f; *Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 48; *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 681 ff; *Reich-Rohrwig/Hanslik*, *ecolex* 2006, 632 ff.

⁷¹¹ Zu der in diesem Zusammenhang häufig vorkommenden doppelten Absicherung des Käufers s Punkt 3.8.

- Arbeitnehmer (Ansprüche, Betriebsvereinbarungen, Kollektivverträge, Vergütungssystem, Stock Option Pläne, Pensionsvereinbarungen, Entgeltvereinbarungen)
- Versicherungen (angemessener und aufrechter Versicherungsschutz; Schadensfälle)
- Rechtskonformität (Einhaltung von gesetzlichen Bestimmungen; öffentlichrechtliche Vorschriften [Konzessionen und Genehmigungen]; keine wesentliche Verletzung von Rechten Dritter)
- öffentliche Förderungen (keine Verpflichtung zur Rückzahlung)
- Wettbewerbsrecht, Kartellrecht
- Rechtsstreitigkeiten, anhängige oder drohende Verfahren bzw Untersuchungen (zB nach FinStrG oder VbVG; keine Umstände bekannt, die Rechtsstreit bzw Verfahren erwarten lassen; wesentliche Urteile, Bescheide)
- (drohende) Ansprüche Dritter
- Produkthaftung (Sicherheitsstandards, Produktrückruf, Ansprüche)
- **Due Diligence / Datenraum** (vollständige Offenlegung der für die Kaufentscheidung einschließlich Bewertung notwendigen Informationen, Vollständigkeit und Richtigkeit der Unterlagen, korrekte Wiedergabe der wirtschaftlichen und rechtlichen Situation).

3.3.11 Verhältnis der Gewährleistungsklauseln zueinander, Vermeidung der Doppelerfassung

Einer Regelung bedarf auch das **Verhältnis einzelner Klauseln zueinander**. Es kann vorkommen, dass ein und derselbe Sachverhalt unter mehrere Gewährleistungsklauseln subsumiert werden kann. Dies ist bspw regelmäßig der Fall, wenn der Verkäufer neben sonstigen Zusagen eine allgemeine „Bilanzgarantie“ gibt⁷¹².

Es besteht zum einen die Möglichkeit, dass auf Tatbestandsebene versucht wird, die Klauseln voneinander abzugrenzen, sodass es zu keiner Anspruchsgrundlagenkonkurrenz mehr kommen kann.

Beispiel⁷¹³:

„Die Zusage hinsichtlich des Jahresabschlusses [20●] gilt nicht für [...].“

Allerdings ist es ein schwieriges Unterfangen, an alle Eventualitäten einer Anspruchsgrundlagenkonkurrenz zu denken und erscheint angesichts der unbegrenzten Vielfalt an Sachverhaltskonstellationen geradezu unmöglich.

Effizienter ist daher eine Vorgehensweise, die eine Anspruchsgrundlagenkonkurrenz grundsätzlich zulässt, jedoch auf Ebene der Rechtsfolgen sicherstellt, dass auf Grundlage ein und desselben Sachverhalts nur einmal Geldersatz zu leisten ist. In einem solchen Fall kann sich der Erwerber grundsätzlich auf **beide Anspruchsgrundlagen** berufen. In der Regelung

⁷¹² Siehe zu dieser möglichen Doppelgleisigkeit Punkt 3.8.

⁷¹³ Vgl Dolezel-Huber/Greinecker, ecolx 2002, 606.

der Rechtsfolgen wird aber klargestellt, dass eine **doppelte Kaufpreiskorrektur ausgeschlossen** ist⁷¹⁴.

Sample Clause: **No double recovery**

“The Purchaser shall under no circumstances be entitled to recover more than once in respect of the same Loss / a claim resulting from the same circumstances.”

Ebenfalls klargestellt werden sollte, dass eine **Doppelerfassung von Mängeln** ausgeschlossen ist⁷¹⁵. Hierzu kann es beim Anteilskauf kommen, wenn ein und derselbe Mangel auf mehreren Ebenen zu einem Vermögensnachteil führt, zB auf Ebene einer Konzerntochtergesellschaft, auf Ebene der Zielgesellschaft (Wertminderung des Anteils an der Konzerntochter) sowie auf Ebene der Anteile an der Zielgesellschaft (eigentlicher Kaufgegenstand). Auch diesbezüglich muss ausgeschlossen sein, dass derselbe Umstand mehrfach berücksichtigt wird.

Sample Clause: **No double counting**

“If and to the extent a damage suffered by a Group Entity is duplicative (e.g. if a Breach has resulted in Damages of a Group Entity and in Damages of the Purchaser in the form of a corresponding reduction of the value of the participation), such Damages shall not be recoverable more than once.”

3.3.12 Zusammenhang zwischen Gewährleistungsklauseln und Kaufpreisbestimmung

Es wurde bereits ausführlich dargelegt, dass beim Unternehmenskauf **Risiko und Kaufpreis** in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Ausgehend von dem kapitalmarktwirtschaftlichen Grundsatz, dass jedes Risiko seinen Preis hat, nimmt der Käufer im Zuge der Due Diligence eine **Risikoevaluierung** vor. Im **Gewährleistungskatalog** erfolgt schließlich eine **Risikoaallokation**: Für die zugesicherten Eigenschaften des Unternehmens trägt der Veräußerer das Risiko. Je mehr Zusicherungen der Käufer erhält, desto geringer ist sein Risiko und desto höher wird daher grundsätzlich der Kaufpreis sein, den er zu bieten bereit ist⁷¹⁶. Umgekehrt gilt: Für jedes Risiko, das der Verkäufer auf den Erwerber abwälzt⁷¹⁷, wird letzterer versuchen, beim Kaufpreis einen entsprechenden Abschlag durchzusetzen.

In letzter Konsequenz ist somit für die Risikoaallokation neben dem Gewährleistungskatalog und den Rechtsfolgen auch ausschlaggebend, **wie die Festsetzung des Kaufpreises** erfolgt. Hierbei bestehen unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten, die das Risiko unterschiedlich

⁷¹⁴ Eine derartige Regelung hat mE nur klarstellenden Charakter, da bereits nach der gesetzlichen Konzeption des Schadenersatzes und der Gewährleistung die Rechtsbehelfe zu keiner Bereicherung des Käufers führen dürfen; s nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 90 f mwN zuR Konkurrenz von Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüchen.

⁷¹⁵ Auch diese Regelung hat mE (aus demselben Grund wie in der vorangehenden Fußnote dargestellt) nur klarstellende Funktion.

⁷¹⁶ Auf die wesentliche Bedeutung der Rechtsfolgenregelung für den Haftungsumfang und damit auch für den Kaufpreis wurde bereits ausführlich hingewiesen (s Punkt 3.3.9).

⁷¹⁷ ZB durch Kürzung des Gewährleistungskataloges, Haftungsausschlüsse oder Beschränkung der Rechtsfolgen.

verteilen. Je nachdem wie der finale Kaufpreis ermittelt wird, werden insb zwei wesentliche **Risikogruppen**, nämlich

- zum einen das Risiko **versteckter Mängel** und
- zum anderen das Risiko nachteiliger **Veränderungen zwischen *Signing* und *Closing***

entweder vom Verkäufer getragen oder von diesem ganz oder zum Teil auf den Käufer abgewälzt.

a) **Fixpreis**

Im Fall eines Fixpreises erfolgt die Ermittlung des Kaufpreises meist anhand einer Referenzbilanz. Diese ist regelmäßig die Bilanz des letzten Jahresabschlusses. Der Kaufpreis unterliegt keiner nachträglichen Anpassung an die wirtschaftlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt des *Closing*.

Ausgehend von der gängigen Regelungstechnik, der zufolge zum Zeitpunkt des *Signing* Zusagen in Form eines Gewährleistungskataloges gemacht werden und darüber hinaus jede Gewährleistung ausgeschlossen wird⁷¹⁸, trägt bei einem Fixpreis der **Käufer** das **volle Risiko** sowohl für versteckte Mängel als auch für nachteilige Veränderungen zwischen *Signing* und *Closing*. **Wirtschaftlich** wird der Käufer daher schon zum **Zeitpunkt** der dem Kaufpreis zugrunde gelegten **Referenzbilanz Eigentümer des Unternehmens**⁷¹⁹, somit regelmäßig bereits zum letzten Bilanzstichtag. Verfügen kann der Käufer jedoch erst ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe (idR *Closing*) über das Unternehmen. Zudem hat der Verkäufer die Kontrolle über die Erstellung der Referenzbilanz. Diese Methode der Kaufpreisfestsetzung ist somit für den Erwerber mit **erheblichen Risiken** verbunden.

Im Interesse des Käufers sollte daher bei der Vertragsgestaltung darauf geachtet werden, das umfassende Risiko einer Fixpreisvereinbarung durch folgende Regelungen abzumildern bzw überschaubar zu halten:

- Da der Kaufpreis keiner weiteren Anpassung unterliegt und eine nachträgliche Adjustierung von Bilanzansätzen ausgeschlossen ist, muss der Käufer bereits im Vorfeld das Zielunternehmen besonders sorgfältig untersuchen. Im Zuge der **Due Diligence** hat er ein erhöhtes Interesse daran, umfassende Einsicht und Informationen gewährt zu bekommen. Derartige Rechte des Käufers sollten bereits im *letter of intent* vereinbart werden.
- Mängel können nachträglich nur mehr **gewährleistungsrechtlich**⁷²⁰ berücksichtigt werden. Den Gewährleistungszusagen des Verkäufers im Rahmen des Gewährleistungskataloges kommt somit ganz entscheidende Bedeutung zu. Stimmt der Käufer einem Fixpreis zu, so wird der Verkäufer im Gegenzug häufig dazu bereit sein müssen, **umfangreichere Gewährleistungen** abzugeben⁷²¹. **Bezugszeitpunkt** für

⁷¹⁸ Siehe Punkt 3.1 und Punkt 3.4.5.

⁷¹⁹ Siehe Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 852 f.

⁷²⁰ Sowie unter Inanspruchnahme der mit den Gewährleistungsansprüchen konkurrierenden Rechtsbehelfe.

⁷²¹ Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 853.

die Gewährleistungszusagen sollte jedenfalls das **Closing** sein⁷²². Damit können zumindest nachteilige Veränderungen zwischen *Signing* und *Closing* teilweise⁷²³ abgefangen werden.

- Darüber hinaus empfiehlt sich eine ausführliche Regelung über die operative Geschäftsführung zwischen *Signing* und *Closing* durch Aufnahme **umfassender Covenants**, um den Käufer gegen nachteilige Entwicklungen abzusichern^{724,725}. Der Erwerber sollte über *Covenants* auch gegen das Abfließen von Vermögen geschützt werden. Dies erfolgt durch eine so genannte „**Locked Box**“-Regelung⁷²⁶. Hierin sichert der Verkäufer bspw. zu, keine Ausschüttungen vorzunehmen. Transaktionen mit dem Veräußerer nahestehenden Personen (*related party transactions*) sollten an die Zustimmung des Käufers gebunden werden. Bei starken Verflechtungen innerhalb eines Konzerns ist die Fixpreismethode aus Sicht des Käufers mit besonderen Risiken verbunden⁷²⁷.

Der Verkäufer wird eine Abgeltung dafür verlangen, dass der Erwerber wirtschaftlich bereits zum letzten Bilanzstichtag Eigentümer wird. Dies erfolgt meist über die Vereinbarung einer **Verzinsung** oder eines Gewinnanteils.

Die Fixpreismethode findet in letzter Zeit in der Praxis aufgrund ihrer Einfachheit und Transparenz wieder vermehrt Anwendung⁷²⁸.

b) Kaufpreisanpassung über *Completion Accounts*

Als Alternative zur Fixpreisregelung besteht die Möglichkeit der Vereinbarung eines vorläufigen Kaufpreises, basierend auf dem letzten Jahresabschluss, iVm einer nachträglichen **Kaufpreisanpassung** unter Bezugnahme auf den Tag des **Closing**. Zu diesem Zweck wird zu einem Stichtag (möglichst nahe dem Tag des *Closing*) eine Bilanz erstellt (***Closing Accounts***).

Der Vorteil aus Sicht des Käufers gegenüber der Fixpreismethode besteht darin, dass über die Einbeziehung einer Stichtagsbilanz **wirtschaftliche Änderungen zwischen *Signing* und *Closing*** berücksichtigt werden können. Weiters können bestehende **Mängel, die bis zur Stichtagsbilanz zum Vorschein kommen und die in den *Completion Accounts* Niederschlag finden, bei der finalen Kaufpreisfestsetzung unmittelbar einbezogen**

⁷²² Noch günstiger für den Käufer wäre freilich eine „unechte Garantie“, bei der der Verkäufer gewährleistet, dass innerhalb eines gewissen Zeitraumes nach *Closing* keine Mängel auftreten (dazu Punkt 3.3.5).

⁷²³ Nämlich nur soweit sie von den Gewährleistungszusagen inhaltlich umfasst sind.

⁷²⁴ Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 853.

⁷²⁵ Siehe dazu bereits ausführlich Punkt 3.3.6.

⁷²⁶ Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 854 f.

⁷²⁷ Insb. durch Ermessensspielräume bei der Konzernverrechnung (*transfer pricing*).

⁷²⁸ Zur Entwicklung in der Praxis s. Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 852.

werden. Für diese Mängel besteht dann gleichzeitig eine fixe Regelung für die Berechnung des Wertausgleichs im Wege eines **Kaufpreisminderungsanspruchs**.

Als **Anpassungsmechanismus** stehen in der Praxis prinzipiell Eigenkapitalverfahren und „Cash free/Debt free“-Verfahren zur Auswahl⁷²⁹.

Bei den **Eigenkapitalverfahren** wird grundsätzlich das Eigenkapital des letzten Jahresabschlusses mit dem Eigenkapital der *Completion Accounts* verglichen. Die Kaufpreisanpassung kann jedoch auch so erfolgen, dass die Abweichung von einem **Zielwert** des Eigenkapitals zum Zeitpunkt des *Closing* auszugleichen ist, es können auch gewisse **Toleranzgrenzen**⁷³⁰ oder eine **Untergrenze** für das Eigenkapital vereinbart werden. Erfolgt die Anpassung sowohl nach unten (bei Unterschreiten des geschätzten Eigenkapitals) als auch nach oben (bei Überschreiten des Schätzwertes), kann der Käufer zwar sein „**downside**“-Risiko ausschließen, verliert jedoch – im Gegensatz zum Fall einer Gewährleistungszusage – die Möglichkeit, bei ursprünglich konservativer Schätzung ein „**upside**“ zu realisieren.

Da das Eigenkapital stets eine Saldogröße in der Bilanz darstellt, können über den Vergleich der Eigenkapitalwerte **sämtliche Bilanzposten überprüft** werden. Aus Sicht des Käufers gewährleistet diese Methode daher einen **hohen Grad an Absicherung**. Gleichzeitig beinhaltet dieser Mechanismus aufgrund der Einbeziehung sämtlicher Bilanzpositionen ein hohes Konfliktpotenzial und Gelegenheit für langwierige Auseinandersetzungen⁷³¹.

Wird eine Kaufpreisanpassung über *Completion Accounts (Closing Schedules)* vereinbart, sollte der Käufer darauf achten, dass er Einfluss auf die Erstellung der *Completion Accounts* hat. Er verfügt dann über die Möglichkeit, den bei der Bewertung bestehenden Ermessensspielraum zu seinen Gunsten zu nutzen. Zur Vermeidung von **Manipulationen** durch den die *Completion Accounts* erstellenden Vertragspartner sowie zur Hintanhaltung von in diesem Zusammenhang **häufig auftretenden Streitigkeiten**, sind klare Regeln, insb bei konfliktträchtigen Bilanzposten (zB Rückstellungen, Forderungen, Vorräte), zu empfehlen.

Darüber hinaus ist darauf zu achten, dass der Verkäufer nicht durch die Realisierung stiller Reserven⁷³² oder die Unterlassung von Aufwendungen bzw Investitionen den Kaufpreis zu seinen Gunsten beeinflusst⁷³³.

Bei den „Cash free/Debt free“-Verfahren wird ein Preis für das unverschuldete Unternehmen ermittelt und ein **Saldo** aus Schulden (*debt*) und liquiden Mitteln (*cash*)

⁷²⁹ Siehe ausführlich zu den beiden Anpassungsmethoden *Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 842 ff.

⁷³⁰ ZB ein Korridor oder eine Toleranz von +/- 5 %.

⁷³¹ *Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 843.

⁷³² Wenn stille Reserven bereits im vorläufigen Kaufpreis berücksichtigt wurden, kann dies zu einer doppelten Abgeltung führen.

⁷³³ *Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 843.

errechnet (*net debt*)⁷³⁴. Bei diesem Anpassungsmechanismus werden nicht sämtliche Bilanzpositionen berücksichtigt sondern nur einzelne. Da die Begriffe *debt* und *cash* nicht unmittelbar an rechnungslegungsrechtliche Begriffe des UGB anknüpfen, müssen die Parteien selbst eine möglichst genaue und eindeutige **Definition** vornehmen. Aufgrund des Umstands, dass **liquide Mittel den Kaufpreis erhöhen** und umgekehrt **Schulden den Kaufpreis reduzieren**, hat der Verkäufer ein Interesse an einer umfassenden Definition der *cash*-Position und umgekehrt der Käufer ein Interesse an einer relativ weiten Definition der Schulden⁷³⁵. Um stichtagsbezogene Schwankungen auszugleichen und um Manipulationen zu erschweren, wird meistens auch das **working capital**, das sich spiegelbildlich zum *debt/cash*-Saldo entwickelt, in den Anpassungsmechanismus einbezogen⁷³⁶.

Aufgrund des erweiterten Gestaltungsspielraumes ist diese Anpassungsmethode **für den Verkäufer** idR **vorteilhafter** als ein Eigenkapitalverfahren. Für den **Erwerber** besteht hingegen das **Risiko**, dass der Verkäufer den endgültigen Kaufpreis bspw dadurch **manipuliert**, dass er Investitionen nicht durchführt oder durch *asset stripping*⁷³⁷ versucht, den *debt/cash*-Saldo zu seinen Gunsten zu verbessern⁷³⁸. Der Käufer muss daher durch zusätzliche Regelungen, insb betreffend Investitionszielwerte und Berücksichtigung von Verkäufen als „negative“ Investitionen, abgesichert werden. Die Verfassung eines *Cash free/Debt free*-Mechanismus ist daher aufwendig und **komplex**, und es verbleibt stets eine gewisse Gefahr, dass einzelne Zusammenhänge und Konsequenzen übersehen werden und immer noch Manipulationsmöglichkeiten verbleiben⁷³⁹. Das **Risiko für den Käufer** ist daher bei dieser Methode ungleich höher als beim relativ transparenteren Eigenkapitalverfahren.

Dadurch dass bei *Cash free/Debt free*-Mechanismen einzelne Bilanzposten außer Betracht bleiben, hat der **Verkäufer** die Gelegenheit, durch geschickte Definitionen der einzelnen Posten das Resultat zu erzielen, dass gewisse Umstände im finalen Kaufpreis letztlich keinen Niederschlag finden⁷⁴⁰. Dies wirkt im Ergebnis wie ein **Gewährleistungsausschluss**. Für den Veräußerer ist diese Methode daher grundsätzlich von **Vorteil**.

⁷³⁴ Nach dem zugrunde liegenden Gedanken zahlt der Käufer den Kaufpreis für das operative Geschäft des unverschuldeten Unternehmens. Schulden sind daher in Abzug zu bringen, liquide Mittel sind vom Käufer zu bezahlen. Die Rechnung lautet somit: *debt* – *cash* = *net debt*.

⁷³⁵ Hierzu ausführlich *Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 844 ff.

⁷³⁶ Auch die Definition des *working capital* obliegt den Parteien. Mindestens umfasst sind die Positionen Forderungen aus Lieferungen und Leistungen, Vorräte und Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen; maximal sämtliche Bilanzposten, ausgenommen Anlagevermögen, liquide Mittel (*cash*-Definition), Schulden (*debt*-Definition) und Eigenkapital. Es ist unbedingt darauf zu achten, Überschneidungen mit den *cash*- und *debt*-Positionen zu vermeiden, damit es zu keiner doppelten Berücksichtigung kommt.

⁷³⁷ Insb Verkauf von Vermögen, *sale & lease back*.

⁷³⁸ *Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 848 f.

⁷³⁹ *Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 858.

⁷⁴⁰ *Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 851 f.

Um einen gewissen Interessenausgleich zu bewerkstelligen, sollte hinsichtlich der Erstellung der *Completion Accounts* jener Partei, die an der Erstellung nicht beteiligt ist, ein umfassendes **Einsichts- und Prüfungsrecht** zukommen. Für den Fall von Uneinigkeit über die *Completion Accounts* bzw einzelne relevante Bilanzposten sollte ein rascher und effizienter **Streitbeilegungsmechanismus** zur endgültigen Feststellung der *Completion Accounts* und der finalen Kaufpreisfestsetzung vorgesehen werden. Denkbar ist zB eine beide Parteien bindende Entscheidung eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers oder ein Schiedsverfahren.

Zusammenfassend haben Anpassungsmechanismen über *Cash free/Debt free*-Mechanismen aus gewährleistungsrechtlicher Sicht folgende Konsequenz: Geht man davon aus, dass der Kaufpreisanpassungsmechanismus als abschließende Regelung betreffend sämtliche Umstände, die in den *Completion Accounts* reflektiert werden, konzipiert ist und dass abgesehen von der mit dem Mechanismus verbundenen Kaufpreisanpassung keine darüber hinausgehenden Gewährleistungsansprüche bestehen, kann dies im Ergebnis wie ein **Gewährleistungsausschluss** wirken. Es ist dann nämlich für all jene Mängel die Gewährleistung ausgeschlossen, die im Anpassungsmechanismus außer Betracht bleiben. Ob dies nur für Mängel gelten soll, die bis zur Erstellung der *Completion Accounts* zum Vorschein kommen und somit in dieser Bilanz berücksichtigt werden bzw für solche, für die noch nachträglich eine Bilanzberichtigung⁷⁴¹ vorgenommen werden kann, oder ob der Ausschluss auch für solche versteckte Mängel gelten soll, die zu dem Zeitpunkt zwar objektiv vorlagen aber nicht erkennbar waren⁷⁴², müsste eigens geregelt werden. Andernfalls bleibt weiter unklar, wie mit versteckten Mängeln umzugehen ist.

Das Konfliktpotential und die erheblichen Risiken, die dadurch entstehen, dass die *Cash free/Debt free*-Methoden nicht alle Bilanzposten umfassen, sind offensichtlich. Der Käufer verzichtet im Ergebnis bei allen Bilanzposten, die nicht in den Anpassungsmechanismus einbezogen sind, auf eine Überprüfung und einen Wertausgleich⁷⁴³.

Für jene Mängel, die in den *Completion Accounts* berücksichtigt werden, ist durch den Anpassungsmechanismus gleichzeitig die Berechnung des gewährleistungsrechtlichen Kaufpreisminderungsanspruchs vorgegeben.

Was den Gewährleistungskatalog betrifft, ist bei der Vertragsverfassung auf die Gewährleistungszusagen, die die Referenzbilanz⁷⁴⁴ betreffen, besonderes Augenmerk zu legen.

Sample Clause für eine Anpassung über ***Distributable Cash Accounts*** mit Einsichts- und Prüfungsrecht des Verkäufers:

“(a) *At least 5 (five) Business Days prior to Closing, the Seller shall deliver to the Purchaser a statement – duly certified by any of the managing directors of the Company – setting forth:*

⁷⁴¹ Infolge werterhellender Umstände.

⁷⁴² Sodass sie auch von einem sorgfältigen Unternehmer in den *Completion Accounts* nicht abgebildet werden konnten und somit nur theoretisch in den *Completion Accounts* Niederschlag hätten finden können.

⁷⁴³ Kammerlander in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 858.

⁷⁴⁴ IdR die Bilanz des letzten Jahresabschlusses.

(i) the amounts – to the Seller’s Best Knowledge as of that date – of any cash available for distribution by any means by the Company (other than [●]) that as of the Closing Date will be unencumbered by any Lien (the “**Company Reference Distributable Cash**”⁷⁴⁵); and

(ii) the amount by which the Company Reference Distributable Cash is higher or lower than the **Assumed Company Distributable Cash**⁷⁴⁶.

Upon the basis of the above statement the Purchase Price shall be:

- **decreased** by an amount equal to the amount, if any, by which the Assumed Company Distributable Cash exceeds the Company Reference Distributable Cash; or

- **increased** by an amount equal to the amount, if any, by which the Company Reference Distributable Cash exceeds the Assumed Company Distributable Cash;

(the “**Closing Purchase Price**”).

(b) Following fulfilment of the [Conditions Precedent], the Seller shall grant to the Purchaser and its representative **reasonable access** to the Company during normal business hours on any Business Day (provided that the Purchaser has given reasonable notice and such access does not hinder the normal business and operation of the Company) to allow the Purchaser to review the financial information and documentation of the Company and shape its own understanding about the Company Reference Distributable Cash even prior to receiving from the Seller the statement pursuant to Section (a) above.”

Sample Clause für einen **Streitbeilegungsmechanismus** iZm Completion Accounts:

“The Seller shall have the **right to review** the Completion Accounts and if it does not **dispute** in writing the correctness within 20 Business Days following the delivery by the Purchaser by specifying

- the items, to which it disagrees,
- the detailed reasons for such disagreement; and
- the amount of the adjustments it proposes to make in respect of each item,

the Completion Accounts as prepared by the Seller shall be final and binding on the Parties (“**Final Completion Accounts**”).

In case of a **dispute** and if a mutual consent as to the disputed items cannot be reached between the Parties within 15 Business Days of delivery of the written notice of dispute, the disputed items may be referred to an **investment bank** of internationally recognized standing and experience in the European M&A market (as a reference, the European M&A ranking by transaction volume of the last 3 years will be used) either of common choice or, failing such common choice within 25 Business Days of the date on which the Purchaser’s Notice is received by the Seller, to be appointed by the President of the Chamber of Commerce [●]

⁷⁴⁵ Definition: “**Company Distributable Cash** means any cash available for distribution by any means by the Company (other than [●]) that as of the Closing Date is unencumbered by any Lien”.

⁷⁴⁶ Definition: „Purchase Price means the amount of EUR [e.g. 300 million] assuming an amount of Distributable Cash equal to EUR [e.g. 100 million] (the “**Assumed Distributable Cash**”).

*upon request by one Party (the “Independent Expert”). In case of appointment of the Independent Expert by the President of the Chamber of Commerce [●], each Party shall have the right to appoint its own consultant to participate in the evaluation process entrusted upon the Independent Expert. The Independent Expert shall render its assessment on the disputed items and, as a result thereof, on the Closing Purchase Price within 20 Business Days since its acceptance of the appointment. This assessment of the Independent Expert shall be **final and binding** upon the Parties. The professional fees of the Independent Expert shall be allocated between the Parties in equal shares⁷⁴⁷.”*

c) Variable Kaufpreiskomponente: *Earn Out*

Während bei Kaufpreisanpassungsverfahren über *Completion Accounts* der vorläufige Kaufpreis im Wege eines *fine tuning* angepasst wird, besteht bei *earn out*-Klauseln ein wesentlicher Teil des Kaufpreises in einer **variablen Komponente**. Diese variable Komponente orientiert sich häufig an Posten der Gewinn- und Verlustrechnung, bspw dem **EBIT, EBITDA** oder dem **Umsatz**⁷⁴⁸.

Für den Käufer besteht der große Vorteil darin, dass beim *earn out* das **Risiko des künftigen wirtschaftlichen Unternehmenserfolges** zT auf den Verkäufer abgewälzt wird. Dies ist weit mehr als das Risiko für wirtschaftliche Veränderungen zwischen *Signing* und *Closing*! Aus gewährleistungsrechtlicher Sicht bedeutet dies, dass alle **versteckten Mängel**, die während des gesamten Relevanzzeitraumes des *earn out*⁷⁴⁹ zum Vorschein kommen und die sich auf den Unternehmenserfolg negativ auswirken, eine Kaufpreisminderung bewirken. Ausschlaggebend hierfür ist jedoch, dass sich die jeweiligen Mängel in der vereinbarten Parametergröße (zB EBIT, EBITDA) niederschlagen bzw auswirken müssen.

Das **Risiko** hinsichtlich dieser Mängel trägt somit – unabhängig von den Zusicherungen im Gewährleistungskatalog! – der **Verkäufer**. Der **Gewährleistungskatalog** hat allerdings für die **Fixkomponente** des Kaufpreises Bedeutung. Hier sind die Rechtsfolgen so auszugestalten, dass es zu keiner Doppelerfassung kommt, die zu einer Bereicherung des Erwerbers führen würde⁷⁵⁰.

⁷⁴⁷ Alternativ: je nach Unterliegen; “*The Parties shall bear the costs of the Independent Expert depending on the extent to which they succumb with regard to their respective viewpoint.*”

⁷⁴⁸ Auch Parameter wie Kundenzahlen oder Marktanteil können vereinbart werden; s dazu *Kammerlander* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 855; allgemein bereits *Baums*, DB 1993, 1273.

⁷⁴⁹ Dieser beträgt idR mehrere Jahre.

⁷⁵⁰ Durch die Minderung des fixen sowie des variablen Kaufpreisanteils. Ein Ansatzpunkt wäre der Gedanke, dass der fixe Kaufpreisannteil den Substanzwert reflektieren soll und der variable die Ertrags-Chancen (künftigen *Cash Flows*); daran anknüpfend könnte in den Rechtsfolgen der Ausgleich beim fixen Anteil nur auf den Mangel(schaden) beschränkt sein und Mangelfolgeschäden (insb entgangener Gewinn) außer Betracht bleiben. Diese würden nämlich über die variable Komponente erfasst.

Sofern die Referenzgröße nicht direkt aus dem UGB (oder den IFRS) ableitbar ist⁷⁵¹, muss im Vertrag eine eindeutige **Definition** vorgenommen werden. Aus Sicht des Käufers ist darüber hinaus eine **Preisobergrenze**⁷⁵² empfehlenswert.

Bei dieser Preisfestsetzungsmethode hat der **Käufer** die Möglichkeit, den endgültigen Kaufpreis durch **Manipulation** der Referenzgröße zu drücken. Er hat nämlich die Kontrolle über die Gewinn- und Verlustrechnung, an die die Referenzgröße häufig anknüpft. Da der **Verkäufer** das Unternehmen spätestens ab *Closing* nicht mehr führt und somit keinen Einfluss auf die Erreichung der Referenzwerte und folglich auf den endgültigen Kaufpreis nehmen kann, werden *earn out*-Verfahren in der Praxis von Verkäufern aufgrund der Unbeherrschbarkeit des Risikos selten akzeptiert. Umgekehrt hat der Verkäufer jedoch die Möglichkeit, auch noch nach dem dinglichen Rechtsübergang an den Käufer am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens zu partizipieren⁷⁵³.

Verständigen sich die Parteien dennoch auf die Anwendung eines derartigen Kaufpreisfestsetzungsverfahrens, sind **zum Schutz des Verkäufers** Regelungen erforderlich, über die dem Verkäufer gewisse Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung eingeräumt werden. In Frage kommen die Erstellung eines gemeinsamen Business Plans, Vetorechte oder seine weitere Involvierung als Minderheitsgesellschafter⁷⁵⁴. Dies hat eine erhöhte **Komplexität** der Regelung zur Folge. Darüber hinaus sind *earn out*-Verfahren über Jahre mit erheblichem Aufwand verbunden und können leicht zu **Konflikten** führen, die die Unternehmensführung langfristig beeinträchtigen können.

3.3.13 Caveat: § 915 2. Halbsatz ABGB

Im Zusammenhang mit Gewährleistungsklauseln, die in der Formulierung oftmals ursprünglich von der Käuferseite stammen, darf die **Interpretationsregel** des § 915 2. Halbsatz ABGB nicht außer Acht gelassen werden. Dieser Bestimmung zufolge ist bei zweiseitig verbindlichen Verträgen eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen auszulegen, der sich derselben bedient hat. Eine unklare Formulierung einer Gewährleistungszusage, die vom Käufer stammt, wäre demnach im Zweifel zulasten des Käufers auszulegen. Die Unklarheitenregel gilt allerdings nur subsidiär, nämlich wenn der Vertragsinhalt (Parteiwille) anders nicht ermittelt werden kann⁷⁵⁵.

Da in der Praxis Vertragsentwürfe mehrmals zwischen den Parteien hin und hergehen, jedes Mal Änderungen vorgenommen werden und es daher am Ende schwierig sein kann, nachzuvollziehen, welche Teile einer Formulierung von welcher Partei stammen, kann es sinnvoll sein, in den Vertrag eine Klausel aufzunehmen, die die Anwendung dieser

⁷⁵¹ Es sollte auch in diesem Fall explizit auf die konkrete Ziffer des § 224 UGB (Gliederung der Bilanz) bzw. § 231 UGB (Gliederung der Gewinn- und Verlustrechnung) Bezug genommen werden.

⁷⁵² Basierend auf der Obergrenze der Bewertungsbandbreite.

⁷⁵³ Mit einer *Earn Out*-Klausel findet somit eine Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien statt; sinnvoll kann eine solche Klausel bspw. sein, wenn der Verkäufer weiterhin als Geschäftsführer zur Verfügung stehen und daher an das verkaufte Unternehmen gebunden werden soll.

⁷⁵⁴ Kammerlander in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 856 f.

⁷⁵⁵ Siehe bereits Punkt 3.3.8.

Zweifelsregel ausschließt. Eine solche Regelung liegt besonders im Interesse des Käufers, wenn der überwiegende Teil des gewährleistungsrechtlichen Tatbestandes und der Rechtsfolgen von ihm formuliert wurde.

Sample Clause:

“The Parties have participated jointly in the negotiation and drafting of this Agreement. If any ambiguity or question of intent or interpretation arises, this Agreement shall be construed as if drafted jointly by all Parties hereto, and no presumption or burden of proof shall arise favouring or disfavours any Party by virtue of the authorship of any provision of this Agreement.”

3.3.14 Tochtergesellschaften

Verfügt die Zielgesellschaft über **Tochtergesellschaften**, ist darauf zu achten, dass auch letztere in den für sie relevanten Bereichen von den Klauseln erfasst werden. Hierauf ist besonderes Augenmerk zu legen, wenn diese Gesellschaften – wie es häufig vorkommt – nicht Gegenstand der Due Diligence waren. Dann gilt es, in den Beteiligungen versteckte Risiken in den Klauseln entsprechend abzubilden.

Insb Einlagenrückgewähr- bzw Transferpreisthemen können im Fall umfassender Rechtsbeziehungen zwischen Konzerngesellschaften ein erhebliches Risiko darstellen.

Auf die in diesem Zusammenhang bestehende Problematik der möglichen Doppelerfassung von Schäden wurde bereits hingewiesen. Siehe hierzu Punkt 3.3.11.

3.4 Gewährleistungsausschluss

3.4.1 Grundsätzliche Zulässigkeit und Grenzen

Die gesetzlichen Gewährleistungsregeln sind **dispositiv**. Ein **gänzlicher oder teilweiser Verzicht** auf Gewährleistung ist daher grundsätzlich **zulässig**. Dies ergibt sich auch aus § 929 ABGB, der andernfalls keinen Anwendungsbereich hätte⁷⁵⁶.

Allerdings sind Gewährleistungsverzichte als Aufgabe von Rechten im Zweifel **restriktiv** auszulegen (s dazu sogleich unter Punkt 3.4.2).

Der Ausschluss kann auch **sittenwidrig** sein. Da jedoch beim Unternehmenskauf die Wertungen der Jud für Unternehmer gelten, besteht für die Sittenwidrigkeit nur ein sehr eingeschränkter Anwendungsbereich. Auch ein gänzlicher Gewährleistungsausschluss ist daher grundsätzlich zulässig⁷⁵⁷.

Der Ausschluss umfasst nicht Fälle der **Arglist**. Bei Mängeln, die dem Verkäufer bekannt sind, ist sowohl ein allgemeiner als auch ein spezifischer (dh für eine bestimmte Eigenschaft

⁷⁵⁶ Binder/Ofner in Schwimann, ABGB³ § 929 Rz 4; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 929 Rz 1; I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 17 f.

⁷⁵⁷ Die Rsp zur Sittenwidrigkeit eines allgemeinen Gewährleistungsausschlusses bei fabriksneuen Waren (OGH EvBl 1961/95; OGH RdW 1999, 196) hat beim Unternehmenskauf naturgemäß keinen Anwendungsbereich, ein allgemeiner Gewährleistungsverzicht sollte daher grundsätzlich zulässig sein; Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 600.

formulierter) Gewährleistungsausschluss **unwirksam** (s dazu sogleich unter Punkt 3.4.3a) und Punkt 3.4.4a)).

Ein allgemeiner Gewährleistungsausschluss umfasst ebenso wenig das Fehlen **zugesicherter Eigenschaften**. Diesbezüglich bestehen somit Gewährleistungsansprüche trotz allgemeiner Ausschlussklausel (s dazu sogleich ausführlich Punkt 3.4.3c)).

Ein allgemeiner Gewährleistungsausschluss erstreckt sich grundsätzlich auch nicht auf **Schadenersatzansprüche**. Dies bedeutet, dass die Geltendmachung von Mangel- und Mangelfolgeschäden dadurch nicht ausgeschlossen ist (s Punkt 4.10.1).

Entgegen dem Wortlaut des § 929 ABGB⁷⁵⁸ ist neben einem ausdrücklichen Gewährleistungsausschluss auch ein **konkludenter** Verzicht möglich⁷⁵⁹. Denkbar wäre im gegebenen Zusammenhang bspw der kommentarlose Weiterbetrieb des Unternehmens in Kenntnis der Mangelhaftigkeit. Im Regelfall wird jedoch die Annahme eines Verzichts an den strengen Voraussetzungen für eine schlüssige Willenserklärung gem § 863 ABGB scheitern, da danach kein vernünftiger Grund, am Verzichtswillen zu zweifeln, übrigbleiben darf. Darüber hinaus fehlt es meist bereits an einem gegenüber dem Veräußerer gesetzten Akt, denn auch die schlüssige Willenserklärung ist empfangsbedürftig⁷⁶⁰. Denkbar wäre hier allenfalls die Zahlung (eines Teils) des Kaufpreises.

Auch die **Weiterveräußerung** ist regelmäßig nicht als Verzicht auf Gewährleistungsansprüche anzusehen⁷⁶¹. Der Verbesserungsanspruch bleibt vielmehr bestehen. Allenfalls kann er unmöglich werden, wenn der Rechtsnachfolger die Verbesserung nicht gestattet.

3.4.2 Restriktive Auslegung

Da durch einen Gewährleistungsverzicht ein Recht aufgegeben wird, ist ein solcher **im Zweifel restriktiv** zu interpretieren⁷⁶².

Zu beachten ist weiters die **Unklarheitenregel des § 915 2. Halbsatz ABGB**, demzufolge eine undeutliche Formulierung zum Nachteil desjenigen auszulegen ist, der sich derselben bedient hat. Im Regelfall geht somit eine Unklarheit in der Formulierung des Verzichts zulasten des Verkäufers, der diese regelmäßig in den Vertrag eingebracht und auch

⁷⁵⁸ § 929 ABGB: „Wer eine fremde Sache wissentlich an sich bringt, hat eben so wenig Anspruch auf eine Gewährleistung, als derjenige, welcher ausdrücklich darauf Verzicht gethan hat.“

⁷⁵⁹ OGH GIUNF 6185; OGH SZ 24/120; OGH HS 9401; Binder/Ofner in Schwimann, ABGB³ § 929 Rz 4; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 929 Rz 4; das Merkmal der „ausdrücklichen Zusage“ in § 928 ABGB wird ebenso ausgelegt.

⁷⁶⁰ Binder/Ofner in Schwimann, ABGB³ § 929 Rz 4; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 929 Rz 5.

⁷⁶¹ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 929 Rz 5.

⁷⁶² OGH 6 Ob 653/86 JBI 1987, 383; OGH 7 Ob 562/94 ÖZW 1996, 85 (Hüttler); Binder/Ofner in Schwimann, ABGB³ § 929 Rz 7; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 929 Rz 2.

ausformuliert hat⁷⁶³. Die Anwendung dieser Zweifelsregel kann jedoch vertraglich ausgeschlossen werden⁷⁶⁴.

Durch die einschränkende Auslegung eines allgemeinen Gewährleistungsverzichts kann man zu dem Ergebnis gelangen, dass das Fehlen gewisser Eigenschaften von der allgemeinen Verzichtsklausel gar nicht erfasst ist und diesbezüglich daher Gewährleistungsansprüche bestehen, wenn es sich um eine gewöhnlich vorausgesetzte oder konkludent zugesicherte Eigenschaft handelt (**Reichweite des Gewährleistungsverzichts**). In einem solchen Fall stützt sich der Gewährleistungsanspruch auf die (restriktive) **Auslegung der Verzichtsklausel**, auf das Korrektiv der Sittenwidrigkeit braucht daher nicht mehr zurückgegriffen werden. Letzteres ist nur dann erforderlich, wenn die Auslegung ergibt, dass der Ausschluss den betreffenden Mangel grundsätzlich erfasst. Der OGH vermennt bisweilen die beiden Schritte, indem er bspw. ausführt, die Auslegung dürfe nicht zu sittenwidrigen Ergebnissen führen⁷⁶⁵.

Die **Rsp** ist allerdings bei der Frage, wie weit ein allgemeiner Gewährleistungsverzicht tatsächlich reicht, **uneinheitlich**:

Bspw. ist von einem allgemeinen Gewährleistungsverzicht nach einigen Entscheidungen die (völlige) **Unbrauchbarkeit** des Leistungsgegenstandes nicht erfasst⁷⁶⁶.

Die Formulierung „**wie besichtigt**“ (zB im Zuge einer Due Diligence) bedeutet regelmäßig nur den Verzicht auf erkennbare Mängel, nicht jedoch auf geheime Mängel⁷⁶⁷. Ähnlich schließt eine Formulierung „**so veräußert, wie es [das Sägewerk] der Verkäufer besessen und benützt hat bzw. zu benützen berechtigt gewesen ist**“ nach der Rsp die Gewährleistung für eine fehlende Betriebsanlagengenehmigung nicht aus⁷⁶⁸. In einem anderen Fall mit nahezu gleichlautender Formulierung des Gewährleistungsverzichts betreffend ein Bauwerk („**wie sie [die Liegenschaft] der Verkäufer selbst besessen und benützt hat bzw. hierzu berechtigt war**“) hat der OGH entschieden, der Ausschluss für Baumängel dürfe nicht auch auf Rechtsmängel erstreckt werden⁷⁶⁹.

⁷⁶³ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 929 Rz 2.

⁷⁶⁴ Siehe dazu bereits oben unter Punkt 3.3.13.

⁷⁶⁵ OGH 5 Ob 104/99a, bbl 2000/84 = wobl 2000/199, 365 (Pilgerstorfer) unter Verweis auf OGH SZ 40/37.

⁷⁶⁶ OGH GIU 12.202; OGH SZ 61/162 (Gebrauchtwagenkauf; die Verzichtsklausel lautete: „für irgendwelche Mängel, die nach erfolgter Übernahme durch den Käufer an dem KFZ auftreten sollten, übernimmt der Verkäufer keinerlei Haftung“).

⁷⁶⁷ OGH SZ 25/73; OGH JBl 1972, 531; OGH ecolex 1998, 120; OGH ecolex 1998, 210.

⁷⁶⁸ OGH 3 Ob 530/59 JBl 1960, 492 (Sägewerk ohne Betriebsanlagenbewilligung).

⁷⁶⁹ OGH 6 Ob 653/86 JBl 1987, 383 = NZ 1987, 204: konsenswidriger Zustand eines Bauwerkes; die Formulierung schließt die Gewährleistung für den konsenswidrigen Zustand des Bauwerkes nicht aus.

Demgegenüber hat der Gerichtshof in einer späteren Entscheidung⁷⁷⁰ betreffend die Kontaminierung einer Liegenschaft einer ähnlichen Verzichtsklausel, die die **„Gewährleistung für ein bestimmtes Ausmaß sowie für bestimmte Eigenschaften und Beschaffenheiten des ver- bzw gekauften Grundstückes samt den vorhandenen Lagerbehältern“** ausschloss, einen weiten Anwendungsbereich beigemessen⁷⁷¹. Danach waren auch Mängel in Form einer überdurchschnittlich hohen Kontaminierung vom Verzicht abgedeckt. Der OGH entfernte sich damit von seiner bisherigen Jud zur Reichweite eines allgemeinen Gewährleistungsverzichts.

Im Vergleich dazu entschied er wiederum in einer jüngeren Entscheidung⁷⁷², dass sich ein Gewährleistungsverzicht, dem zufolge die **„Haftung für bestimmte Eigenschaften oder eine bestimmte Beschaffenheit des Kaufobjekts“** ausgeschlossen wurde, „schon nach dem Wortlaut“ nicht auf die gem § 922 ABGB im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften bezieht. Damit hat der Gerichtshof in ganz ähnlichen Fällen gegenteilig entschieden. Eine Interpretation wie in der soeben zitierten Entscheidung ist jedoch realitätsfremd und entspricht gerade nicht der Bedeutung, die von den Parteien mit einer derartigen Formulierung typischerweise beabsichtigt ist. Gemeint ist natürlich, dass überhaupt keine Haftung, nämlich insb auch nicht für gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften, übernommen werden soll. Dies ergibt sich ganz klar auch aus der Tatsache, dass im Anschluss an die Formulierung keine bestimmten Eigenschaften, auf die sich der Ausschluss beziehen könnte, genannt sind. Der OGH hingegen unterstellt den Parteien durch seine Interpretation, eine sinnentleerte absurde Vereinbarung, nämlich einen **Haftungsausschluss ohne Anwendungsbereich**, beabsichtigt zu haben. Diese Auffassung ist daher abzulehnen⁷⁷³. Für die Praxis ist die Entscheidung deshalb von besonderer Relevanz, da sie deutlich zeigt, wie sehr bei der Vertragsverfassung auf die konkrete Formulierung zu achten ist: Es macht einen wesentlichen Unterschied, ob die Haftung für „bestimmte Eigenschaften“, für „alle nicht ausdrücklich zugesagten Eigenschaften“ oder für „gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften“ ausgeschlossen wird!

Bei einer ähnlichen Formulierung (**„keine bestimmte Eigenschaft, kein bestimmter Bauzustand, kein bestimmtes Ausmaß des Kaufobjekts und keine bestimmte Beschaffenheit des mitverkauften Inventars“**) beurteilte der OGH⁷⁷⁴ nur zwei Jahre früher den Anwendungsbereich des allgemeinen Gewährleistungsausschlusses dahingehend, dass für die Beheizbarkeit als eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft der Ausschluss wirksam sei. Interessant ist auch die Begründung des Gerichtshofes: Die Eigenschaft sei vom

⁷⁷⁰ OGH 7 Ob 562/94 ÖZW 1996, 85 (*Hüttler*) = RdU 1996, 88 (*Berger*) = ecolex 1996, 94 = RdW 1996, 307; auch die Irrtumsanfechtung wurde vom OGH mangels Kenntnis des Verkäufers von der Kontaminierung verneint.

⁷⁷¹ Siehe dazu die Anmerkung von *Hüttler*, ÖZW 1996, 85.

⁷⁷² OGH 5 Ob 104/99a, bbl 2000/84 = wobl 2000/199, 365 (zust *Pilgerstorfer*), der OGH nahm Sittenwidrigkeit an, da über vorhandene Verdachtsgründe nicht aufgeklärt worden war.

⁷⁷³ *I. Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 19.

⁷⁷⁴ OGH 6 Ob 138/98g, RdW 1999, 17; dazu *I. Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 21.

Gewährleistungsausschluss erfasst, ansonsten bliebe für den Haftungsausschluss praktisch kein Anwendungsbereich. Es wäre erfreulich, wenn sich der Gerichtshof diese ebenso einfache wie einleuchtende Argumentation in gleich gelagerten Fällen wieder in Erinnerung rufen könnte.

Als umfassender Ausschluss gesehen wurde der Zusatz „**ohne Gewährleistung**“⁷⁷⁵.

Bei der Formulierung „**ohne Garantie**“ ist darauf abzustellen, ob dieser Begriff untechnisch verwendet wurde und die Parteien damit beabsichtigt haben, Gewährleistungsansprüche auszuschließen. Sollten wirklich Garantieansprüche iSd § 880 a zweiter Halbsatz ABGB gemeint sein (was nur klarstellend sein kann, da derartige Ansprüche ohnehin nur bei besonderer Vereinbarung und nicht schon aufgrund des Gesetzes bestehen), so werden auch nur diese ausgeschlossen, Gewährleistungsansprüche bleiben hingegen bestehen⁷⁷⁶. Eine vertragliche Regelung sollte tunlichst jegliche Unklarheiten diesbezüglich vermeiden.

Der OGH hat jüngst in einer heftig kritisierten Entscheidung⁷⁷⁷ ausgesprochen, die restriktive Auslegung eines **allgemeinen Gewährleistungsverzichts** („ohne Gewährleistung für eine bestimmte Beschaffenheit oder für ein bestimmtes Ausmaß oder für die Erfüllung von Bescheidaufgaben“) im Zusammenhang mit einem ausdrücklichen **spezifischen Gewährleistungsausschluss** für eine bestimmte Eigenschaft (im Anlassfall eine fehlende Umzäunung) lege es nahe, den **allgemeinen Gewährleistungsausschluss nur auf diesen Mangel** zu beziehen. Diese Auffassung ist jedoch weder vom Wortlaut her, noch vom offensichtlichen Parteiwillen, noch unter dem Gesichtspunkt der restriktiven Auslegung, nachvollziehbar. Denn auch eine restriktive Auslegung ist eine Interpretation und hat sich als solche innerhalb der Grenzen des vorgegebenen Wortlautes zu halten. Sie kann sich nicht (außer im Wege einer Lückenfüllung) über den äußerst möglichen Wortsinn hinwegsetzen. Der Wortlaut, ebenso wie der Parteiwille, sind jedoch hinreichend klar. Der OGH macht den allgemeinen Ausschluss durch seine „Interpretation“ inhaltsleer und obsolet⁷⁷⁸ (mehr zu dieser Entscheidung unter Punkt 3.4.4a)).

Solange eine Vereinheitlichung der Jud nicht erfolgt ist, besteht für die Vertragspraxis erhebliche Rechtsunsicherheit. Diesem Umstand sollte bei der Formulierung eines umfassenden Gewährleistungsverzichts dahingehend Rechnung getragen werden, dass nicht auf „bestimmte Eigenschaften oder eine bestimmte Beschaffenheit“ verzichtet werden sollte, sondern es sollte im Anschluss an den Gewährleistungskatalog die Gewährleistung für „*alle nicht ausdrücklich zugesagten Eigenschaften, insb auch gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften*“ ausgeschlossen werden.

Beispiel:

„Der Verkäufer leistet über die ausdrücklichen Zusicherungen gemäß Punkt [●] hinaus keine Gewähr für sonstige Eigenschaften, insb auch nicht für gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften.“

⁷⁷⁵ OGH HS 4313/45; OGH EvBl 1972/170.

⁷⁷⁶ OGH GIUNF 1179.

⁷⁷⁷ OGH 2 Ob 209/07k; krit Brugger, ecolex 2008, 803.

⁷⁷⁸ So auch I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 20.

Diese Klausel kann noch wie folgt verdeutlicht werden:

„Der Verkäufer haftet dem Käufer im Zusammenhang mit diesem Vertrag ausschließlich für Verletzungen der in diesem Vertrag ausdrücklich abgegebenen Gewährleistungen und nur nach Maßgabe der nachfolgenden Haftungsbeschränkungen. Darüber hinausgehende Ansprüche im Zusammenhang mit tatsächlichen oder rechtlichen Eigenschaften des Kaufgegenstands sind ausdrücklich ausgeschlossen.“⁷⁷⁹

Sample Clause:

„The Seller shall be liable to the Purchaser under this Agreement only for a breach of the warranties expressly given hereunder and only subject to the following limitations. Any further claims relating to the factual or legal qualities of the Object of Purchase shall be expressly excluded.“

Weiters ist darauf zu achten, dass neben der Gewährleistung auch korrespondierende Schadenersatzansprüche sowie die Irrtumsanfechtung ausgeschlossen werden, damit über diese parallel zur Verfügung stehenden Anspruchsgrundlagen der Verkäufer nicht letztlich doch, gleichsam „durch die Hintertür“, für einen bestimmten Mangel einstehen muss⁷⁸⁰ (s dazu Punkt 4.10 und Punkt 4.11).

3.4.3 Umfassender Gewährleistungsausschluss – Besonderheiten

a) Umfassender Gewährleistungsausschluss und dem Verkäufer bekannte Mängel: Arglist

Der vertraglich vereinbarte Gewährleistungsausschluss erstreckt sich nicht auf **arglistig verschwiegene Mängel**. Die Rsp nimmt im Fall der List, dh bei rechtswidriger und vorsätzlicher Täuschung des Geschäftspartners⁷⁸¹, die **Unwirksamkeit des Verzichts** an^{782,783}. Die Behauptungs- und Beweislast für den Arglisttatbestand trifft den Käufer⁷⁸⁴.

*Reischauer*⁷⁸⁵ vertritt demgegenüber die Auffassung, dass der Verzicht als Rechtsgeschäft nach den allgemeinen Grundsätzen wegen List **angefochten** werden kann. Auch eine

⁷⁷⁹ Vgl Kletter in *Hausmaninger/Petsche/Vartian*, Wiener Vertragshandbuch I, 112.

⁷⁸⁰ I. Welser/Siegwart in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 22.

⁷⁸¹ Arglist iSd § 877 ABGB; s dazu Punkt 1.15.

⁷⁸² P. Bydlinski, JBl 1993, 568 f (allerdings primäre Auslegung der Ausschlussklausel); *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 382; OGH 7 Ob 10/70 HS 7339; OGH 5 Ob 226/71 EvBl 1972/170 = JBl 1972, 531; OGH 7 Ob 575/81 EvBl 1982/104 = JBl 1984, 432; OGH 7 Ob 573/88 SZ 61/162; OGH 7 Ob 562/94; 5 Ob 104/99a; OGH 6 Ob 272/05a.

⁷⁸³ Zur List allgemein s bereits Punkt 1.15.1.

⁷⁸⁴ Für Deutschland jüngst BGH 12.11.2010 V ZR 181/09 EWiR 2011, 209 = ZIP 2011, 383.

⁷⁸⁵ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 929 Rz 7a; ebenso für eine Anfechtbarkeit nach § 870 ABGB *Binder/Ofner* in *Schwimann*, ABGB³ § 929 Rz 12.

Anfechtung des Verzichts **wegen Irrtums** ist denkbar, erscheint jedoch problematisch, da der Käufer beim Gewährleistungsverzicht typischerweise Risiken bewusst in Kauf nimmt⁷⁸⁶.

Jedenfalls ist aber von der **Teilnichtigkeit** des Vertrages nur hinsichtlich der Ausschlussklausel und nur in Bezug auf den arglistig verschwiegenen Mangel auszugehen. Unwirksam bzw. anzufechten ist daher nicht der gesamte Vertrag, sondern der Käufer kann am Vertrag festhalten und seine Gewährleistungsansprüche hinsichtlich des arglistig verschwiegenen Mangels geltend machen⁷⁸⁷.

Wie bereits unter Punkt 1.15.1 und Punkt 1.15.2 ausgeführt, kann listige Irreführung auch durch **Verschweigen relevanter Umstände** erfolgen, wenn dabei die nach der Verkehrsanschauung **gebotene Aufklärung unterlassen** wird⁷⁸⁸. **Bedingter Vorsatz** des Verkäufers reicht aus⁷⁸⁹. Der bedingte Vorsatz muss sich einerseits auf jene Umstände beziehen, hinsichtlich derer die Aufklärungspflicht besteht, andererseits auf den Irrtum des Käufers (dh dessen Unkenntnis) sowie auf den Einfluss des Irrtums auf den Willensentschluss (Zustimmung zum Gewährleistungsausschluss). Die Sittenwidrigkeit des Gewährleistungsausschlusses besteht darin, dass der Verkäufer entgegen dem redlichen Geschäftsverkehr (bedingt) vorsätzlich nicht die erforderlichen Informationen über die mögliche Beschaffenheit des Kaufgegenstandes weitergibt, sodass der Käufer zur Abgabe eines Gewährleistungsverzichts veranlasst wird. **Kausalität** heißt in diesem Zusammenhang, dass der Käufer ohne Irrtum der **Ausschlussklausel** nicht zugestimmt hätte⁷⁹⁰.

Zusammengefasst bedeutet dies, dass ein Verkäufer arglistig handelt, wenn er ernsthaft damit rechnet und sich damit abfindet, dass die Umstände, hinsichtlich derer eine Aufklärungspflicht besteht, dem Kaufinteressenten unbekannt sind, jedoch auf dessen Willensentscheidung Einfluss hätten, und er dennoch darüber schweigt.

Es ist infolge der Verschärfung der Jud zur Aufklärungspflicht nicht erforderlich, dass der Mangel an sich (zB die Kontaminierung) vorsätzlich verschwiegen wurde, sondern es genügt bereits das vorsätzliche **Verschweigen von Anhaltspunkten („Verdachtsgründen“)**⁷⁹¹. Fahrlässigkeit reicht hingegen nicht.

⁷⁸⁶ Zu dieser Problematik s *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 929 Rz 7a.

⁷⁸⁷ *Binder* in *Schwimann*, ABGB³ § 928 Rz 11; *P. Bydlinski*, JBl 1993, 637; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 928 Rz 4.

⁷⁸⁸ Siehe die Verweise unter Punkt 1.15.2; zur Behauptungs- und Beweislast iZm mit der Unwirksamkeit eines Gewährleistungsausschlusses: für Deutschland jüngst BGH 12.11.2010 V ZR 181/09 EWiR 2011, 209 = ZIP 2011, 383 (Beweiserleichterung nach den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast: Der Gegner [Verkäufer] muss im Einzelnen darlegen, dass die von ihm bestrittene Behauptung [Arglist] unrichtig ist; darin ist keine grundsätzliche Umkehr der Darlegungslast zu sehen und auch keine Umkehr der Beweislast).

⁷⁸⁹ Siehe ausführlich *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 383.

⁷⁹⁰ *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 383 f.

⁷⁹¹ *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 383 f; OGH 5 Ob 104/99a bbl 2000/84 = wobl 2000/199, 365 (zust *Pilgerstorfer*) (Sittenwidrigkeit der Ausschlussklausel, da der Veräußerer über das Vorliegen von Verdachtsgründen nicht aufklärte, obwohl er die Haftung für die potentielle Kontamination ausschließen wollte).

Danach ist ein **Gewährleistungsausschluss von Sittenwidrigkeit bedroht**, wenn der Verkäufer entweder

- den **Mangel** überhaupt **kannte** bzw **ernsthaft für möglich** hielt oder
- er zumindest **Verdachtsgründe kannte** bzw **ernsthaft für möglich** hielt⁷⁹².

Umgekehrt ist arglistiges Verschweigen zu **verneinen**, wenn der Veräußerer seine **Aufklärungspflicht bloß fahrlässig verletzt** hat, etwa weil er den Mangel oder Verdachtsgrund bei Anwendung der entsprechenden Sorgfalt kennen hätte müssen, aber tatsächlich nicht kannte bzw auch nicht ernsthaft für möglich hielt. Der Umstand, dass der Verkäufer über das Vorliegen seiner Auskunftspflicht in Unkenntnis ist, dh einem Rechtsirrtum unterliegt, schließt mE die Anfechtung nicht aus. Zu den Aufklärungspflichten s bereits ausführlich Punkt 1.10.2b), zur Anfechtung wegen Arglist Punkt 1.15.2.

Hat der Veräußerer seine Aufklärungspflicht nur **fahrlässig** verletzt, kommt es für seine Haftung darauf an, ob der Gewährleistungsausschluss (der dann wirksam ist) auch auf **Schadenersatzansprüche** erstreckt wurde. Ist das nicht der Fall, könnte der Erwerber bei fahrlässiger Aufklärungspflichtverletzung Schadenersatz aus *culpa in contrahendo* geltend machen⁷⁹³.

Der **OGH** wiederholte in einer jüngeren Entscheidung⁷⁹⁴ die Auffassung, dass den Verkäufer eine Aufklärungs- und Offenlegungspflicht in Bezug auf ihm bekannte Mängel trifft und hat das **Schweigen des Verkäufers zu den bekannten Mängeln** als **List** angesehen. Dies hat zur Folge, dass der vertragliche Haftungsausschluss nicht greift. Im Anlassfall war nicht nur der **allgemeine** Haftungsausschluss unwirksam sondern darüber hinaus auch der **konkret** formulierte, auf den Fall genau zugeschnittene Gewährleistungsausschluss (keine Haftung für die Erfüllung von Bescheidaufgaben). Die Entscheidung wurde allerdings in der Lit in mehrfacher Hinsicht heftig kritisiert⁷⁹⁵. Zum spezifischen Gewährleistungsausschluss s diesbezüglich sogleich unter Punkt 3.4.4.

Im Ergebnis kommt somit der **Gewährleistungsausschluss** diesbezüglich einer Haftung gemäß einer **Knowledge-Klausel**⁷⁹⁶ **gleich**, da der Verkäufer für Mängel, die ihm bekannt sind, die Gewährleistung nicht wirksam ausschließen kann. Hat er von einem Mangel tatsächlich Kenntnis, haftet er daher jedenfalls. Eine **Best Knowledge-Klausel** ist für den Käufer demgegenüber insofern günstiger, als bei dieser der Verkäufer auch für ihm fahrlässiger Weise nicht bekannte Mängel einstehen muss. Mangels **Best Knowledge-Zusicherung** kann der Verkäufer die Mangelhaftigkeit dennoch geltend machen, und zwar in

⁷⁹² ZB die altlastengeneigte Vornutzung einer Liegenschaft.

⁷⁹³ Siehe dazu Punkt 1.10.2b).

⁷⁹⁴ OGH 2 Ob 209/07k; s dazu die Entscheidungsbesprechung von *Brugger*, *ecolex* 2008, 803; s bereits OGH 6 Ob 653/86 JBl 1987, 383 = NZ 1987, 204 (Unwirksamkeit des Gewährleistungsverzichts durch Verschweigen des dem Verkäufer bekannten konsenslosen Zustands des Bauwerks).

⁷⁹⁵ *Brugger*, *ecolex* 2008, 805; s auch *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 68.

⁷⁹⁶ Siehe Punkt 3.3.4b).

Form von Schadenersatzansprüchen wegen fahrlässiger Verletzung der Aufklärungspflicht, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass der vereinbarte Gewährleistungsausschluss nicht gleichzeitig auch Schadenersatzansprüche ausschließt. Auf diesen Zusammenhang ist bei der Vertragsgestaltung daher besonders zu achten.

b) Umfassender Gewährleistungsausschluss und geheime (verborgene) Mängel

Ob ein umfassend abgegebener Gewährleistungsausschluss sich grundsätzlich auch auf **geheime Mängel** – also nicht in der *Due Diligence*-Prüfung offen gelegte oder sonst dem Käufer bekannt gewordene Mängel – erstreckt, ist fraglich.

Ausgehend von der Auslegungsregel, dass ein Gewährleistungsverzicht restriktiv zu interpretieren ist, wird in der Lit zT die Meinung vertreten, dass ein allgemeiner Gewährleistungsausschluss geheime Mängel **grundsätzlich nicht umfasst**⁷⁹⁷. Auch der OGH hat in einer jüngeren Entscheidung⁷⁹⁸ die Klausel „*Der Verkäufer leistet keine Gewähr für bestimmte Eigenschaften oder eine bestimmte Beschaffenheit des verkauften Grundstücks*“ danach ausgelegt, dass dadurch die Gewährleistung für die „im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften“ schon nach dem Wortlaut nicht ausgeschlossen werde. Es scheint überaus fraglich, ob diese Auslegung dem beidseitigen Parteiwillen entsprach. Dazu s bereits Punkt 3.4.2. In einer älteren Entscheidung⁷⁹⁹ vertrat der OGH die Auffassung, dass ein Gewährleistungsausschluss geheime Mängel nur dann umfasst, wenn der Käufer in **voller Kenntnis der Möglichkeit** des Bestehens verborgener Mängel auf jeden Gewährleistungsanspruch verzichten wollte. Andernfalls sei der Ausschluss gem § 914 und § 879 ABGB unwirksam.

Die überwiegende Meinung⁸⁰⁰ hält Gewährleistungsansprüche für geheime Mängel von einem generellen Ausschluss prinzipiell für **umfasst** und somit für ausgeschlossen. Der Ausschluss kann jedoch **sittenwidrig** sein, wobei hier in der Lit **unterschiedliche Maßstäbe** angewendet werden.

⁷⁹⁷ So zB *Flener* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 600.

⁷⁹⁸ OGH 5 Ob 104/99a; dazu *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 382.

⁷⁹⁹ OGH 2 Ob 218/52 SZ 25/73; ähnlich OGH 4 Ob 589/69 SZ 42/180 (ein allgemeiner Grundsatz, dass der Verzicht auf Gewährleistung die Geltendmachung geheimer Mängel ausschließt, besteht nicht), jedoch unter (unrichtigem) Verweis auf OGH 8 Ob 170/65 HS 5360 (ein allgemeiner Grundsatz, dass der Verzicht auf Gewährleistung die Geltendmachung geheimer Mängel nicht ausschließe, besteht nicht).

⁸⁰⁰ *P. Bydlinski*, JBl 1993, 632 ff; *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB² IV/1, 524 f; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 929 Rz 2; nach *Binder/Ofner* in *Schwimann*, ABGB³ § 929 Rz 11 mwN nur wenn der Erwerber die Möglichkeit des Bestehens geheimer Mängel kannte oder der Vertrag zwischen branchenkundigen und versierten Kaufleuten geschlossen wurde; OGH 7 Ob 573/88 SZ 61/162 (Gebrauchtwagen; ein umfassend abgegebener Gewährleistungsverzicht erstreckt sich grundsätzlich auch auf geheime Mängel; unter Verweis auf OGH 1 Ob 711/83 sowie 5 Ob 617/76); OGH 1 Ob 670/88 (zumal dann, wenn zahlreiche Mängel ohnehin erkennbar sind und auch vor Vertragsabschluss wahrgenommen werden); OGH 5 Ob 509/89 (Software; branchenkundige Kaufleute; keine Anhaltspunkte für Sittenwidrigkeit wegen wirtschaftlicher Unterlegenheit oder geschäftlicher Unerfahrenheit); OGH 6 Ob 138/98g bbl 1999/170 (*Egglmeier*) = RdW 1999, 17; OGH 4 Ob 180/97t ecolex 1998, 120 (zust *Wilhelm*) (Besichtigungsklausel: damit werden aber nur jene Mängel von der Gewährleistung ausgeschlossen, die bei einer üblichen Besichtigung zu erkennen sind).

ZT wird Sittenwidrigkeit bereits angenommen, wenn **nicht klar zum Ausdruck kommt**, dass der Käufer die Möglichkeit des **Bestehens geheimer Mängel kannte** und dennoch auf jeden Gewährleistungsanspruch verzichten wollte⁸⁰¹. In Wahrheit liegt diese Auffassung von der oben referierten nicht weit auseinander, da diese Meinung, die den Verzicht auf versteckte Mängel erstreckt, als Korrektiv Sittenwidrigkeit annimmt, wenn dem Käufer das Bewusstsein des genannten Risikos fehlt.

Eine andere für den Verkäufer günstigere Meinung geht erst dann von Sittenwidrigkeit aus, wenn zur Unkenntnis des Käufers weitere den Verkäufer belastende Faktoren hinzutreten, die eine **krasse Ungleichgewichtslage** begründen. Danach ist der Gewährleistungsausschluss hinsichtlich geheimer Mängel insb dann sittenwidrig, wenn die Mängel **arglistig verschwiegen** wurden⁸⁰² oder der Kaufgegenstand **völlig unbrauchbar**⁸⁰³ ist.

Es findet sich auch eine **Richtlinie** für die Grenze der Sittenwidrigkeit⁸⁰⁴: Je geringer die Erkennbarkeit des Mangels für den Käufer, je gravierender der Grad der Aufklärungspflichtverletzung des Verkäufers und je größer das objektive Ausmaß der Äquivalenzstörung zum Nachteil des Käufers, desto eher sei Sittenwidrigkeit anzunehmen. Danach ist arglistiges Schweigen nicht unbedingt erforderlich, auch bei **grober Sorgfaltswidrigkeit** des Verkäufers⁸⁰⁵ hinsichtlich der Verletzung seiner Aufklärungspflicht kann der Gewährleistungsausschluss sittenwidrig sein.

Der letztgenannten Auffassung, dass geheime Mängel vom Gewährleistungsausschluss grundsätzlich erfasst sind, der Ausschluss jedoch in krassen Fällen unwirksam ist, ist zuzustimmen. Bei einem generellen Gewährleistungsverzicht, insb bei einem komplexen Kaufgegenstand wie einem Unternehmen, geht es typischerweise gerade darum, dass der Verkäufer versucht, sein Haftungsrisiko auch für nicht erkennbare Mängel zu begrenzen. Stimmt der Käufer einem Gewährleistungsverzicht zu, so findet er sich regelmäßig damit ab, dass er das Risiko für nicht unmittelbar erkennbare Mängel trägt.

Prinzipiell ist festzuhalten, dass die Frage, ob ein Gewährleistungsausschluss geheime Mängel umfasst oder nicht, eine Frage der **Reichweite des Verzichts** und somit der **Vertragsauslegung** ist. Erst wenn die Prüfung dieser Vorfrage ergibt, dass geheime Mängel unter den Ausschluss subsumiert werden können, stellt sich die Frage der **Sittenwidrigkeit**. Ein Gewährleistungsausschluss kann daher entweder schon deshalb nicht greifen, weil die Vertragsauslegung ergibt, dass der geheime Mangel vom Ausschluss gar nicht umfasst ist,

⁸⁰¹ *Hüttler*, Die zivilrechtliche Haftung für Altlasten Rz 246; *Madl*, *ecolex* 1995, 705.

⁸⁰² Dazu s bereits Punkt 3.4.3a).

⁸⁰³ *Pilgerstorfer*, *ÖJZ* 2001, 384; s auch *P. Bydlinski*, *JB1* 1993, 636; OGH 7 Ob 573/88 SZ 61/162 (Gebrauchtwagen); 6 Ob 653/86 *JB1* 1987, 383 (fehlende Baubewilligung); demgegenüber von einem weiteren Anwendungsbereich des Gewährleistungsverzichts ausgehend OGH 7 Ob 562/94 *ÖZW* 1996, 85 (dazu krit *Hüttler*); s auch bereits Punkt 3.4.2.

⁸⁰⁴ *Pilgerstorfer*, *ÖJZ* 2001, 384.

⁸⁰⁵ Siehe OGH 7 Ob 562/94.

oder eben wenn in einem zweiten Prüfungsschritt Sittenwidrigkeit anzunehmen ist⁸⁰⁶. Es hat somit eine **zweigliedrige Prüfung** zu erfolgen. Siehe dazu bereits unter Punkt 3.4.2. Diese Differenzierung kommt allerdings in der Rsp und Lit nicht immer klar zum Ausdruck⁸⁰⁷.

Im Interesse des **Veräußerers** sollte daher in der vertraglichen Regelung eines beabsichtigten umfassenden **Gewährleistungsausschlusses auch für geheime Mängel** klar zum Ausdruck kommen, dass der Käufer die Möglichkeit des Bestehens geheimer Mängel kannte und dennoch auf jeden Gewährleistungsanspruch verzichten wollte. Im Anschluss an den Katalog von Gewährleistungsklauseln sollte daher ein **expliziter Hinweis** auf das mögliche Vorliegen geheimer Mängel aufgenommen werden.

Beispiel:

*„Der Verkäufer leistet über die ausdrücklichen Zusicherungen gemäß Punkt [●] hinaus keine Gewähr für sonstige Eigenschaften. Der Verkäufer übernimmt über die ausdrücklichen Zusicherungen gemäß Punkt [●] hinaus keine weitere Haftung, insb auch nicht für das Fehlen gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften oder für allfällige **versteckte Mängel**.“*

Im Interesse des **Käufers** liegt hingegen eine Regelung, die ihm **Ansprüche bei versteckten Mängeln** einräumt. Dies ist insb dann empfehlenswert, wenn der Käufer aufgrund bestimmter Umstände⁸⁰⁸ mit dem Vorliegen geheimer Mängel besonders rechnen muss. Der Haftungsausschluss darf sich dann nur auf offengelegte bzw erkennbare Mängel erstrecken, nicht jedoch generell auf sämtliche Eigenschaften, die nicht ausdrücklich im Gewährleistungskatalog aufgezählt sind. Eine solche allgemeine gewährleistungsrechtliche Haftung für versteckte Mängel wird der Verkäufer jedoch im Regelfall wegen mangelnder Kalkulierbarkeit seines Risikos ablehnen.

Einen sachgerechten Interessenausgleich kann mE eine **schadenersatzrechtliche Regelung über culpa in contrahendo** bieten, die eine Haftung des Verkäufers für versteckte Mängel vorsieht, die der Verkäufer tatsächlich kannte oder **fahrlässiger Weise infolge mangelhafter Organisation des Informationsflusses nicht kannte**.

Beispiel:

*„Der Verkäufer leistet über die ausdrücklichen Zusicherungen gemäß Punkt [●] hinaus keine weiteren Zusicherungen. Der Verkäufer übernimmt über die ausdrücklichen Zusicherungen gemäß Punkt [●] hinaus keine weitere Haftung für die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes, insb auch nicht für das Fehlen gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften. Ungeachtet des vorstehenden Haftungsausschlusses **haftet der Verkäufer jedoch für solche Mängel, die er kannte oder [grob] fahrlässiger Weise nicht kannte**.“*

⁸⁰⁶ So kann etwa bereits die Vertragsauslegung ergeben, dass die völlige Unbrauchbarkeit der Sache vom Gewährleistungsausschluss nicht erfasst ist; s nur *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 929 Rz 2.

⁸⁰⁷ Dazu *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 382 mit Verweis auf *Bydlinski*, JBl 1993, 631 ff.

⁸⁰⁸ ZB typische umwelttechnische Risiken im Geschäftsbetrieb oder eine eingeschränkte Due Diligence wegen datenschutzrechtlicher Vorschriften.

c) Umfassender Gewährleistungsausschluss und Zusage bestimmter Eigenschaften

Besteht neben einem umfassenden Gewährleistungsverzicht eine – allenfalls **auch schlüssige** – Zusage bestimmter Eigenschaften, so geht diese dem allgemeinen Verzicht vor⁸⁰⁹. Der Verzicht wurde nämlich in einem solchen Fall nur eingeschränkt abgegeben.

Demnach erstreckt sich ein allgemeiner Gewährleistungsausschluss grundsätzlich nicht auf **konkludent** zugesagte Eigenschaften. Dies hat erhebliche Auslegungsschwierigkeiten zur Folge, wenn zu beantworten ist, ob und konkret welche Eigenschaften konkludent zugesagt wurden⁸¹⁰.

Zu welchen Schwierigkeiten und Rechtsunsicherheit dies führt, zeigt eine jüngere von der Lehre heftig kritisierte Entscheidung des OGH⁸¹¹: Der Gerichtshof hat darin konkrete Gewährleistungszusagen extensiv interpretiert und als **konkludente Zusage für Eigenschaften aus verwandten Sachgebieten** gewertet, sodass der allgemeine Gewährleistungsausschluss im Ergebnis leer lief. Im Vertrag hatte der Verkäufer zugesagt, dass kein weiteres Verwaltungsverfahren anhängig sei. Diese Zusage wertete der OGH als schlüssige Zusage dafür, dass sämtliche Bescheidauflagen erfüllt seien. Dies ist nicht nachvollziehbar: Zum einen kann aus der Tatsache, dass keine Verfahren anhängig sind, natürlich keineswegs geschlossen werden, dass sämtliche Bescheidauflagen erfüllt sind, die Annahme einer derartigen konkludenten Zusage verbietet sich daher schon alleine aus dem Grund der Logik. Weiters bleibt es ein Rätsel, wie in einem solchen Fall kein vernünftiger Grund zu zweifeln bleiben soll, wie es gem § 863 Abs 1 ABGB für die Annahme einer konkludenten Willenserklärung erforderlich ist. Darüber hinaus setzte sich der Gerichtshof im Anlassfall sogar über einen spezifischen Gewährleistungsausschluss „ohne Gewährleistung ... für die Erfüllung von Bescheidauflagen“ hinweg, dies allerdings mit dem Argument, dass der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen habe und der spezifische Ausschluss aus diesem Grund unwirksam sei (zum spezifischen Gewährleistungsausschluss sogleich Punkt 3.4.4a)). Zu demselben Ergebnis hätte der Gerichtshof jedoch auch ohne den „Kunstgriff“ konkludenter Eigenschaftszusagen gelangen können, wenn er, wie oben unter Punkt a) ausgeführt, argumentiert hätte, dass arglistig verschwiegene Mängel von einem allgemeinen Gewährleistungsausschluss generell nicht umfasst sind.

Es ist offensichtlich, dass eine solche Jud zu erheblicher **Rechtsunsicherheit** führt und dem Verkäufer nahezu jede Möglichkeit nimmt, wirksam einen allgemeinen Gewährleistungsverzicht zu vereinbaren, mag dieser auch dem Parteiwillen und dem

⁸⁰⁹ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 929 Rz 1; OGH 7 Ob 573/88 SZ 61/162; OGH 7 Ob 732/89 JBl 1990, 655 (Zusagen sind als Einschränkung des vertraglich bedungenen Gewährleistungsverzichtes aufzufassen); OGH 6 Ob 138/98g ImmZ 1998, 363 (Unwirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses nur bei nicht erfüllten Zusagen oder Arglist).

⁸¹⁰ Brugger, ecolex 2008, 803 f; Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 67; OGH 1 Ob 414/97g SZ 71/88 (muss der Verkäufer aus der Sicht des Erwerbers den Mangel der erwarteten Qualität [Reifenalter] kennen oder zumindest erkennen, gilt letztere bei Nichtaufklärung über die Untauglichkeit des Kaufobjekts als stillschweigend zugesagt; mwN); OGH 6 Ob 272/05.

⁸¹¹ OGH 2 Ob 209/07k; s krit dazu Brugger, ecolex 2008, 803.

zwischen den Parteien gewünschten Interessenausgleich entsprechen. Dies ist insb dann besonders problematisch, wenn eine solche Risikoallokation einvernehmlich von den Parteien wirtschaftlich bewertet und der Kaufpreisvereinbarung zugrunde gelegt wurde. Es entspricht in der Praxis ja gerade dem gängigen Standard, im Vertrag neben einem Katalog von konkreten Gewährleistungszusagen einen generellen Gewährleistungsausschluss für sämtliche nicht ausdrücklich zugesagte Eigenschaften zu vereinbaren⁸¹². Werden nun die ausdrücklichen Zusicherungen – entgegen dem deklarierten Parteiwillen – auf weitere konkludente Zusagen erweitert, wird damit das gängige klare Vertragskonzept ausgehöhlt und künstlich Rechtsunsicherheit geschaffen, wo die Parteien eine klare Regelung und Risikoverteilung vor Augen hatten, die auch im Kaufpreis Niederschlag gefunden hat. Dies geht zulasten des Verkäufers, dem damit ein nicht abschätzbares Risiko aufgebürdet wird, für das er keine Gegenleistung erhält.

Diese Rsp ist daher abzulehnen, und es bleibt zu hoffen, dass der OGH in künftigen Entscheidungen bei der Annahme konkludenter Zusagen zurückhaltender sein wird.

3.4.4 Spezifischer Gewährleistungsausschluss hinsichtlich bestimmter Eigenschaften

a) Katalog ausgeschlossener Eigenschaften

Das Gegenstück zum Katalog der zugesicherten Eigenschaften ist die explizite Aufzählung von Eigenschaften, für die der Verkäufer keine Haftung übernimmt.

In der Praxis werden häufig gewisse derartige Eigenschaften genannt, standardmäßig zählt hierzu insb der zukünftige **Unternehmensertrag**. Regelmäßig ist dies jedoch nur deklarativ bzw sogar überflüssig, da im Anschluss an den Gewährleistungskatalog normiert wird, dass der Vertrag alle Gewährleistungszusagen enthält und neben den ausdrücklich gegebenen Zusicherungen keine weiteren abgegeben werden⁸¹³. Ein Katalog ausgeschlossener Eigenschaften ist somit nicht der Regelfall.

Darüber hinaus hat der OGH⁸¹⁴ für erhebliche Rechtsunsicherheit in diesem Zusammenhang gesorgt, indem er ausgesprochen hat, dass die restriktive Auslegung eines **allgemeinen Gewährleistungsverzichts** im Zusammenhang mit einem ausdrücklichen **spezifischen Gewährleistungsausschluss** für eine bestimmte Eigenschaft (im Anlassfall eine fehlende Umzäunung) nahe lege, den allgemeinen Gewährleistungsausschluss nur auf diesen Mangel zu beziehen. Diese Auffassung ist nicht nachvollziehbar, insb da bei einer solchen Interpretation der allgemeine Gewährleistungsverzicht überhaupt keinen Anwendungsbereich mehr hätte. Der spezifische Gewährleistungsverzicht für den einen Punkt (Zaun) wäre völlig ausreichend gewesen, hätten die Parteien beabsichtigt, die Gewährleistung nur diesbezüglich auszuschließen. Es kann jedoch den Parteien wohl grundsätzlich nicht unterstellt werden, eine sinnlose Regelung treffen zu wollen.

⁸¹² Dazu *Brugger*, *ecolex* 2008, 803 f.

⁸¹³ *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 66.

⁸¹⁴ OGH 2 Ob 209/07k (s dazu bereits Punkt 3.4.3c)); krit *Brugger*, *ecolex* 2008, 803; *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 68.

Daher ist entgegen der Auffassung des OGH davon auszugehen, dass es dem Verkäufer nicht zum Schaden gereichen kann, zusätzlich zu einem allgemeinen Gewährleistungsverzicht demonstrativ besondere Eigenschaften zu nennen, die nicht zugesagt werden. In der Praxis betrifft dies standardmäßig die Ertragschancen des Unternehmens.

Im Hinblick auf die durch die Jud geschaffene Rechtsunsicherheit sollte jedoch den Vertragsparteien derzeit davon abgeraten werden, beide Formen des Gewährleistungsausschlusses parallel einzusetzen. Es besteht allerdings derzeit keine sinnvolle sichere Alternative: In der Lit⁸¹⁵ wird in diesem Zusammenhang von einem allgemein formulierten Gewährleistungsausschluss abgeraten und empfohlen, den Gewährleistungsverzicht möglichst konkret unter Hinweis auf den jeweiligen Mangel zu formulieren. Eine derartige Vorgehensweise ist jedoch für den Verkäufer dennoch mit nicht abschätzbaren Risiken verbunden, denn bei jeder Aufzählung verbleibt eine gewisse Restmenge an Fällen, die dann vom Ausschluss nicht erfasst wäre. Genau dort sollte nach dem Willen der Parteien der allgemeine Gewährleistungsverzicht greifen. Angesichts der zitierten Jud ist es allerdings fraglich, ob ein solcher überhaupt wirksam vereinbart werden kann und wie die Formulierung aussehen müsste. Bis die Frage geklärt ist, bleibt dem Verkäufer wohl keine werthaltige Alternative als die bisherige Zweigleisigkeit fortzuführen. Der Vorteil ist immerhin: Je mehr spezifische Gewährleistungsausschlüsse im Vertrag festgeschrieben sind, desto eher kann der Verkäufer auf deren Wirksamkeit vertrauen. Das Risiko betreffend die Restfälle kann ihm derzeit nicht mit Sicherheit abgenommen werden.

Doch auch der spezifische Gewährleistungsausschluss steht unter dem Vorbehalt, dass der Verkäufer den betreffenden **Mangel nicht kennen durfte**. Denn auch ein konkret formulierter Gewährleistungsausschluss für eine bestimmte Eigenschaft ist unwirksam, wenn der Verkäufer das Fehlen der Eigenschaft kannte, da der OGH⁸¹⁶ die Auffassung vertritt, dass den Verkäufer eine Aufklärungs- und Offenlegungspflicht in Bezug auf ihm bekannte Mängel trifft und das **Schweigen des Verkäufers zu den bekannten Mängeln** als **List** anzusehen ist. Dies hat zur Folge, dass der vertragliche Haftungsausschluss nicht greift, und zwar weder der allgemeine Haftungsausschluss noch der spezifische⁸¹⁷. Zu den Kritikpunkten dieser Entscheidung s bereits ausführlich oben⁸¹⁸.

b) Einschränkung der Leistungsbeschreibung

Es besteht auch die Möglichkeit, die Gewährleistung inhaltlich zu beschränken, indem der Leistungsgegenstand enger beschrieben und definiert wird. Durch eine derartige **einschränkende Umschreibung** des Kaufgegenstandes im Wege einer negativen Abgrenzung wird bewirkt, dass die betreffende Eigenschaft gar nicht geschuldet wird und somit kein Mangel iSd § 923 ABGB vorliegt⁸¹⁹. Dies gilt aufgrund des konkreten

⁸¹⁵ Brugger, ecolex 2008, 806.

⁸¹⁶ OGH 2 Ob 209/07k.

⁸¹⁷ Im Anlassfall: keine Haftung für die Erfüllung von Bescheidaufgaben.

⁸¹⁸ Insb Brugger, ecolex 2008, 805: die Jud solle sich hüten, den Bogen der Aufklärungspflicht zu überspannen und bei jedem Schweigen die Listkeule zu schwingen; s auch Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 68.

⁸¹⁹ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 929 Rz 1.

Fehlerbegriffes auch dann, wenn der Kaufgegenstand objektiv nach der Verkehrsauffassung mangelhaft wäre.

Da es sich zwar nicht dogmatisch im engeren Sinn, jedoch im Ergebnis sehr wohl um einen vertraglichen Ausschluss der Gewährleistung handelt, sind auch hier die Grenzen der Sittenwidrigkeit zu beachten⁸²⁰. Unter Einhaltung dieser Grenzen wird beim Unternehmenskauf ein Gewährleistungsausschluss durch einschränkende Leistungsbeschreibung regelmäßig zulässig sein.

c) Haftungsausschluss durch *Disclosure Letter*

Bereits nach den gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen sind Gewährleistungsansprüche für augenfällig erkennbare sowie – *argumento a minori ad maius* – für bekannte Mängel ausgeschlossen⁸²¹.

Da hinsichtlich der Vertragsgestaltung die Haftung für **erkennbare Mängel** mit der Frage, wie mit den Ergebnissen der **Due Diligence** umgegangen wird, untrennbar verbunden ist, wird auf diesen Zusammenhang in Punkt 3.5 eingegangen.

Hier interessiert der Haftungsausschluss für Mängel, die dem Käufer explizit in der Form eines so genannten *Disclosure Letter* (oder *Disclosure Schedule*) zur Kenntnis gebracht werden und bei denen es sich sohin um **positiv bekannte** Mängel handelt. Für tatsächlich bekannte Mängel ist bereits aufgrund des Gesetzes die Gewährleistung ausgeschlossen. Der Verkäufer kann daher seine Haftung dadurch begrenzen, dass er dem Erwerber gewisse Mängel zur Kenntnis bringt.

Der *Disclosure Letter* beinhaltet somit Umstände, die der Verkäufer offenlegt und für die er keine Haftung übernehmen will⁸²².

Eine derartige Offenlegung kann sowohl **vor Vertragsabschluss** erfolgen und ist diesfalls als negative Abgrenzung des Gewährleistungskataloges zu verstehen, indem für bestimmte ausdrücklich genannte Umstände die Haftung von vornherein ausgeschlossen wird. Der *Disclosure Letter* wird dann häufig als **Anlage in den Kaufvertrag** aufgenommen. Auf eine präzise Formulierung der aufgezählten Umstände ist aus Sicht des Käufers jedenfalls zu achten, damit der Haftungsausschluss nicht zu weit geht. Häufig sind mit *Disclosure Schedules* erhebliche Risiken verbunden, wenn diese großen Umfang haben und erst unmittelbar vor Vertragsschluss vorgelegt werden. Dann hat der Erwerber nicht mehr die Möglichkeit zur sorgfältigen Prüfung, verliert jedoch seine Gewährleistungsansprüche, da ihm Kenntnis unterstellt wird, die er de facto gar nicht haben konnte⁸²³. Auf die Problematik im Zusammenhang mit der Rsp des OGH wurde bereits hingewiesen (s Punkt 3.4.4a).

Beispiel für Offenlegung vor Vertragsabschluss:

⁸²⁰ Siehe die diesbezügliche Rsp des OGH im Anwendungsbereich des KSchG: zB OGH 3 Ob 146/99p; OGH 4 Ob 227/06w.

⁸²¹ Siehe Punkt 1.7.3.

⁸²² Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 33; Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement², 12.

⁸²³ Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 702.

„Die Haftung für Verletzung von in diesem Vertrag gegebenen Gewährleistungen ist ausgeschlossen, sofern die Tatsachen, die vom Käufer im Rahmen des Gewährleistungsanspruchs geltend gemacht werden, dem Käufer explizit und deutlich in einem **schriftlichen Disclosure Letter** offen gelegt wurden.“

Sample Clause:

“The Seller shall not be liable for a Warranty Claim if and to the extent that the facts and circumstances directly forming the basis of the Warranty Claim have been **evidently disclosed** in writing and in sufficient detail to identify the nature and scope of the matter in the **Disclosure Letter**.”

Es kann aber auch vereinbart werden, dass der Verkäufer die Möglichkeit hat, erst **nach Abschluss** des Vertrages aber noch **vor dem Closing** dem Käufer gegenüber Mängel offenzulegen. Eine derartige Vereinbarung ist sinnvoll, wenn damit gerechnet wird, dass zwischen *Signing* und *Closing* ein **längerer Zeitraum** liegen wird (etwa aufgrund mehrerer aufschiebender Bedingungen) und mit dem Auftreten von Mängeln innerhalb dieses Zeitraumes zu rechnen ist. Der *Disclosure Letter* ist in einem solchen Fall ein *Closing Document*.

Ebenfalls zu empfehlen ist eine solche Regelung im Fall von subjektiven Gewährleistungen⁸²⁴, da diese regelmäßig den Tag der **Vertragsunterzeichnung** als Bezugspunkt haben⁸²⁵. Der Verkäufer, der bei *Closing* gewisse Gewährleistungszusagen nicht wiederholen will, sollte zumindest verpflichtet sein, den Käufer in einem *Disclosure Letter* über solche Umstände zu informieren, von denen er nach Vertragsunterzeichnung aber vor dem dinglichen Rechtsübergang Kenntnis erlangt⁸²⁶.

In derartigen Konstellationen sind mehrere Gegenstände zu regeln: Zum einen ist abzuklären, ob der Käufer bei Offenlegung von Mängeln dazu verpflichtet ist, das *Closing* vorzunehmen oder ob er vom Vertrag Abstand nehmen kann. Es empfiehlt sich, zwischen den verschiedenen Klauseln des Gewährleistungskataloges zu differenzieren und insb bei solchen Mängeln, die entweder die Anteilsrechte selbst oder den Betrieb des Unternehmens als solchen betreffen, ein **Rücktrittsrecht des Käufers** vorzusehen. Dies sind regelmäßig jene Umstände, für die im Rahmen der Gewährleistungsrechtsfolgen die Wandlung nicht ausgeschlossen wurde.

In weiterer Folge sind Regelungen über einen **Kaufpreisanpassungsmechanismus** zu treffen, der einen angemessenen Ausgleich für die offengelegten Mängel gewährleistet. Spätere Gewährleistungsansprüche aufgrund der offengelegten Umstände werden ausgeschlossen.

⁸²⁴ Siehe Punkt 3.3.4.

⁸²⁵ Es ist logisch nicht denkbar, dass der Verkäufer bereits zum *Signing* zusichert, dass zum *Closing* seines Wissens bestimmte Umstände gegeben sind, er kann am Tag des *Signing* zu seinem Wissensstand bei *Closing* noch keine Aussage treffen; s Punkt 3.3.5.

⁸²⁶ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 610 mit Verweis auf Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf § 10 Rz 45.

Bei dieser Form des *Disclosure Letter* handelt es sich somit um zeitlich vorgezogene Gewährleistungsfälle.

3.4.5 Zusammenfassung: Regelungstechnik für den Unternehmenskaufvertrag

Im Hinblick auf obige Ausführungen empfiehlt es sich daher, bei der Vertragsgestaltung folgende **Regelungstechnik** zu verwenden:

- Zunächst wird ein **Katalog ausdrücklich zugesicherter Eigenschaften** normiert.

Beispiel:

„Der Verkäufer leistet Gewähr und haftet dem Käufer für die Richtigkeit folgender Zusicherungen, wobei sich die Zusicherungen, soweit sich aus dem Folgenden nicht ausdrücklich anderes ergibt, jeweils auf den Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung beziehen:...”

Sample Clause:

“The Seller represents and warrants that the following statements as set forth in this Clause are true, accurate, complete and not misleading as of the Signing Date and, where explicitly stated, as of the Closing Date: ... [●].“

- In einem zweiten Schritt erfolgt ein gänzlicher **Gewährleistungsausschluss** für nicht ausdrücklich zugesicherte Eigenschaften. Es wird dabei im Vertrag geregelt, dass der Vertrag **sämtliche** Gewährleistungszusagen enthält und neben den ausdrücklich abgegebenen Gewährleistungszusagen **keine weiteren** Gewährleistungszusagen im Hinblick auf den Kaufgegenstand gegeben werden. Dadurch werden die gesetzlichen Gewährleistungsregelungen ausgeschlossen, soweit sie über die gegebenen Zusagen hinausgehen würden⁸²⁷. Der Ausschluss sollte sich auch auf allfällige öffentliche Äußerungen des Verkäufers beziehen, da diese gemäß der Regelung des § 922 Abs 2 ABGB zum Vertragsinhalt werden⁸²⁸.
- Zusätzlich ist ein expliziter Hinweis auf die Möglichkeit des Vorliegens **geheimer Mängel** sinnvoll.

Beispiel:

*„Der Verkäufer leistet über die ausdrücklichen Zusicherungen gemäß Punkt [●] hinaus keine Gewähr für sonstige Eigenschaften. Der Verkäufer übernimmt über die ausdrücklichen Zusicherungen gemäß Punkt [●] hinaus **keine weitere Haftung**, insb auch nicht für das Fehlen gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften, für allfällige öffentliche Äußerungen des Verkäufers oder für allfällige **versteckte Mängel**.“*

Einfache Sample Clause:

“The representations and warranties set out above are the only representations and warranties of the Seller in relation to the transaction contemplated hereunder.”

Ausführlichere Sample Clause:

⁸²⁷ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 610.

⁸²⁸ Parschalk/Wahl, wbl 2003, 353.

*“The Seller does **not make any representation** or warranty **other** than those explicitly set forth in Clause [●], and the Seller shall not be liable for the absence of any other circumstances, matters or events related to the Shares, the Company, its Subsidiaries or the business of the Company or of its Subsidiaries, including any **generally presumed qualities** (gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften), any possible public statements of the Seller or any **possible hidden deficiencies**. The Purchaser confirms that it does not rely on any other representations or warranties other than those set forth in Clause [●].”*

- Zuletzt empfiehlt sich die Klarstellung, dass bestimmte Unterlagen und Informationen (wie zB *information memorandum*, Business Pläne, bestimmte Due Diligence-Unterlagen, insb Protokolle von Interviews von Angestellten und Management) **keine Zusicherung** darstellen.

Sample Clause:

*“In particular, without limiting the generality of the foregoing, the Seller makes no representation or warranty, expressed or implied, as to the accuracy of any **forecast, estimate, projection, business plan, budget, any forward-looking information** concerning the Company, statement of intent or statement of opinion (including the reasonableness of the assumptions underlying the same) contained in the Due Diligence Material or otherwise provided to the Purchaser or its representatives.”*

- Auch ein ausdrücklicher Ausschluss einer Haftung für eine bestimmte **Umsatz- und Ertragsentwicklung** entspricht dem gängigen Standard.

Sample Clause:

„The Purchaser acknowledges that it has made its own evaluation of the adequacy and accuracy of forecasts, estimates, projections, statements of intent or statements of opinion (including the reasonableness of the assumptions underlying the same).”

Zu dem anzuratenden parallelen Ausschluss von Schadenersatzansprüchen sowie der Anfechtung insb wegen Irrtums und *laesio enormis* s unter den Punkten 4.8 und 4.10.

3.5 Bezugnahme auf die Ergebnisse der Due Diligence – Haftungsausschluss oder Zusicherung?

Der Kaufvertrag sollte unmittelbar darauf Bezug nehmen, wie mit den Ergebnissen der Due Diligence sowie mit den zur Verfügung gestellten Unterlagen rechtlich umzugehen ist.

Der Verkäufer wird dabei versuchen, einen **Haftungsausschluss** für alle im Rahmen der Due Diligence offengelegten Umstände im Vertrag festzulegen.

Im Interesse des Käufers liegt es, den Haftungsausschluss möglichst restriktiv zu formulieren, indem zB nur die Haftung für **explizit** offengelegte Umstände ausgeschlossen wird. Weiters sollte er darauf achten, dass der Haftungsausschluss für in der Due Diligence offengelegte Umstände nicht greift, wenn der Klauselkatalog eine **gegenteilige Zusicherung** enthält. Siehe dazu sogleich im Detail unter Punkt 3.5.1.

Dringt der Verkäufer mit dem Haftungsausschluss durch, wird der Käufer abhängig von der Weite des Ausschlusses im Gegenzug verlangen, dass der Verkäufer eine **Zusicherung** betreffend die **Richtigkeit und Vollständigkeit der Due Diligence-Unterlagen** abgibt (s dazu sogleich Punkt 3.5.2). Dann sollte wiederum der Verkäufer unbedingt überlegen,

welches Material im Datenraum zur Verfügung gestellt wurde, für das er diese Zusicherung keinesfalls abgeben will. Diese **Unterlagen** sollten von der Zusicherung **explizit ausgenommen** werden.

Aus Sicht des **Käufers günstiger** als ein Haftungsausschluss für im Zuge der Due Diligence erkennbare Risiken ist ein Haftungsausschluss nur hinsichtlich jener Umstände, die vom Verkäufer gesondert und explizit in Form eines **Disclosure Letter** offengelegt wurden und die dem Käufer somit nicht nur erkennbar sondern tatsächlich bekannt sind⁸²⁹.

3.5.1 Due Diligence und Haftungsbeschränkung wegen Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis von der Mangelhaftigkeit

Wie bereits ausführlich unter Punkt 1.7 dargestellt, besteht aufgrund des Gesetzes ein Gewährleistungsausschluss für Lasten, die aus öffentlichen Büchern ersichtlich sind sowie für augenfällige Mängel. Der Veräußerer haftet nicht für Mängel, die der Erwerber entweder **positiv kannte** oder infolge **grober Fahrlässigkeit** nicht kannte. Eine Obliegenheit zur Untersuchung oder Rüge besteht hingegen nicht⁸³⁰. Die Haftung ist weiters dann nicht ausgeschlossen, wenn der Veräußerer diesbezüglich eine besondere Gewährleistungszusage abgegeben oder den Mangel arglistig verschwiegen hat. Nach der Sonderregelung des § 928 letzter Satz ABGB ist für Schulden und Rückstände jedenfalls zu haften, selbst wenn diese bekannt oder offenkundig sind.

Da das gesetzliche Konzept für den Unternehmenskauf nicht sachgerecht erscheint sowie aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit betreffend die Auswirkungen einer Due Diligence auf die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche des Erwerbers⁸³¹, empfiehlt sich eine **vertragliche Regelung** über die Rechtsfolgen **bekannter sowie fahrlässiger Weise nicht erkannter Mängel**.

Musterklausel⁸³²:

„Der Käufer hatte vor dem Abschluss des Vertrages im Rahmen einer ausführlichen Due Diligence ausreichend Gelegenheit, die Zielgesellschaft sowie die im Datenraum vorgelegten Dokumente einer Prüfung zu unterziehen.

*Die Gewährleistung ist ausgeschlossen, wenn und soweit der Mangel dem Käufer, seinen Vertretern oder Beratern **aus den im Datenraum tatsächlich vorgelegten Dokumenten bekannt** ist oder diesen bei **gebotener Sorgfalt** bekannt sein müsste.*

Unwiderleglich wird Kenntnis des Käufers für die Sachverhalte angenommen, die in diesem Vertrag, seinen Beilagen oder in den folgenden Unterlagen offen gelegt worden sind: [...]“

⁸²⁹ Siehe unten Punkt 3.5.3.

⁸³⁰ Siehe Punkt 1.7.2b).

⁸³¹ Siehe die Punkte 1.9.1, 1.9.2 und 1.9.3). Es ist insb umstritten, ob die Mangeloffenlegung im Zuge einer Due Diligence Gewährleistungsansprüche einschränkt, wobei zT danach differenziert wird, ob der Mangel als solcher offengelegt wurde oder auf ihn anhand der Unterlagen nur geschlossen werden kann (s zB *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 28; *Röper*, *GesRZ* 2009, 136; für Deutschland *Fleischer/Körber*, *BB* 2001, 841).

⁸³² Orientiert an *Brugger*, *ecolex* 2008, 803.

Sample Clause:

*“The Seller shall not be liable for a Warranty Claim if and to the extent that the Purchaser or any of his advisors **had or should have had knowledge** on the Signing Date of the facts and circumstances forming the basis of the Warranty Claim.”*

Diese Klausel geht zum Nachteil des Käufers über die gesetzliche Regelung hinaus, da auch Ansprüche aus **leicht fahrlässig** nicht erkannten Mängeln ausgeschlossen werden. Darüber hinaus ist der Gewährleistungsausschluss der englischen Klausel **allgemein** und nicht auf die Erkenntnisse aus einer allfälligen Due Diligence beschränkt. Die Klausel könnte zumindest dadurch entschärft werden, dass auf **grob fahrlässige** Unkenntnis von Umständen, die eine unmittelbare Anspruchsgrundlage darstellen, abgestellt wird:

Sample Clause:

*“The Seller shall not be liable for a Warranty Claim if and to the extent that the Purchaser or any of his advisors **had knowledge or a lack of knowledge due to gross negligence** on the Signing Date of the facts and circumstances **directly** forming the basis of the Warranty Claim.”*

Wurde eine **Due Diligence** durchgeführt, ist unbedingt zu vereinbaren, wie sich die Ergebnisse der Untersuchung auf die Gewährleistungsansprüche auswirken sollen sowie welche Rechtsfolgen damit verbunden sein sollen, wenn infolge der Untersuchung Mängel erkannt oder grob bzw leicht fahrlässig nicht erkannt wurden.

Insb sollte auch das **Verhältnis** offengelegter Mängel **zu den abgegebenen Gewährleistungszusagen** klargestellt werden. Eine Möglichkeit wäre, vorzusehen, dass der Veräußerer für abgegebene **Gewährleistungszusagen jedenfalls einzustehen** hat, **unabhängig** davon ob dem Käufer entgegenstehende Mängel im Zuge der **Due Diligence** bekannt wurden oder werden mussten. Eine derartige Regelung erscheint in vielen Fällen sachgerecht, da eine Haftung für ausdrückliche Zusagen grundsätzlich nicht in Frage gestellt werden sollte. **Die Ergebnisse der Due Diligence wären danach gegenüber den gegebenen Zusagen nachrangig.**

Sample Clause:

*“**Unless explicitly otherwise represented or guaranteed in this Agreement**⁸³³, the Seller shall not be liable for a Warranty Claim if and to the extent that the facts and circumstances directly forming the basis of the Warranty Claim have been **evidently disclosed** in writing and in sufficient detail to identify the nature and scope of the matter in*

(a) the Due Diligence Material⁸³⁴, or

(b) this Agreement⁸³⁵, or

(c) the Disclosure Letter⁸³⁶

⁸³³ Alternativ: “Notwithstanding any provisions in this Agreement to the contrary, including the Seller’s Representations and Warranties pursuant to Clause [●], ...”.

⁸³⁴ Definition zB: „any document contained in the Data Room“.

⁸³⁵ Hier sind vor allem auch die Anlagen/Exhibits erfasst.

*((a) to (c) collectively referred to as “the **Disclosed Material**”).”*

In der genannten Klausel haftet der Verkäufer jedenfalls für die Zusagen im Gewährleistungskatalog, nicht jedoch für (sonstige) Umstände, die in der genannten Art und Weise spezifisch (*“evidently“, “truly and fairly“*)⁸³⁷ offengelegt wurden und somit augenfällig sind. Um klarzustellen, dass damit grob fahrlässig nicht erkannte Mängel gemeint sind, könnte noch ein **Verweis auf § 928 ABGB** eingefügt oder der Hinweis auf grobe Fahrlässigkeit aufgenommen werden:

*„... of which the Purchaser **had knowledge or a lack of knowledge due to gross negligence**“.*

Ist ein umfassender Gewährleistungsausschluss hinsichtlich sämtlicher Eigenschaften, die nicht explizit im Gewährleistungskatalog angeführt sind, wirksam, so erübrigt sich rein logisch betrachtet eine solche Formulierung, da für alle Umstände, die über den Katalog hinausgehen, ohnehin nicht gehaftet wird. Es käme danach nicht mehr darauf an, ob diese dem Käufer erkennbar waren oder nicht. Da aber die restriktive Rsp zur Wirksamkeit von Gewährleistungsausschlüssen zu erheblicher Rechtsunsicherheit geführt hat, kann aus anwaltlicher Vorsicht in der Praxis nicht auf derartige Regelungen verzichtet werden.

In bestimmten Fällen des Anteilskaufs kann eine abweichende Vereinbarung sachgerecht sein, wenn nämlich der Erwerber der Anteile aufgrund der durchgeführten Due Diligence bessere Kenntnis über das erworbene Unternehmen hat als der Veräußerer selbst⁸³⁸. Dasselbe gilt, wenn die Gewährleistungszusagen sehr allgemein und weit gehalten sind und im Katalog selbst keine Einschränkungen mit Bezug auf die Due Diligence in Form von Verweisen auf Anlagen vorgenommen wurden. Für solche Fälle kann geregelt werden, dass der Veräußerer hinsichtlich jener Tatsachen, die aus den **Due Diligence-Unterlagen bei gehöriger Sorgfalt ersichtlich waren, trotz gegenteiliger Zusagen nicht haftet**. Hier kommt den Ergebnissen der Due Diligence gegenüber dem Gewährleistungskatalog der Vorrang zu.

In diesem Zusammenhang ist **besondere Vorsicht** geboten: Häufig findet sich in Unternehmenskaufverträgen im Anschluss an den Gewährleistungskatalog eine Klausel, die besagt, dass der Veräußerer nicht für solche Mängel haftet, die im Zuge der Due Diligence bei gehöriger Sorgfalt ersichtlich waren. Wird das **Verhältnis** dieser Klausel **zum Gewährleistungskatalog nicht klargestellt**, wie es in der Vertragspraxis häufig vorkommt, besteht Rechtsunsicherheit darüber, ob bei gegenteiliger Zusicherung Gewährleistungsansprüche bestehen oder nicht. Es kann dann darüber diskutiert werden, ob die besondere Zusage oder die Regelung über die Due Diligence die **speziellere Norm** ist und daher vorgeht. Diese Frage kann mE nicht generell beantwortet werden, da es insb auf die Formulierung der Gewährleistungszusagen ankommen wird und darauf, wie speziell diese nach dem Willen der Parteien auf ein bestimmtes Risiko zugeschnitten sind. Jedenfalls ist eine derartige Situation für den Käufer trügerisch: Er darf sich angesichts des extensiven und oft mühsam ausverhandelten Gewährleistungskataloges nicht in Sicherheit wiegen und auf die

⁸³⁶ Zusätzlich allenfalls noch: *“... in any written information given to the Purchaser or any of its Representatives by the Seller or any of its Representatives”.*

⁸³⁷ Alternativ: *„... disclosed in a manner which allows the Purchaser, being a professional expert as investor, to reasonably evaluate such disclosure”.*

⁸³⁸ *Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions* 617.

gegebenen Zusagen verlassen, da diese durch die Ergebnisse der Due Diligence relativiert und allenfalls konterkariert werden können. Er muss vielmehr damit rechnen, dass er bei einem Mangel, der zwar von einer ausdrücklichen Zusage abgedeckt ist, dennoch keine Gewährleistungsansprüche geltend machen kann, wenn der Veräußerer mit seiner Argumentation durchdringt, dass aus den Due Diligence Unterlagen bei gehöriger Sorgfalt auf diesen Mangel hätte geschlossen werden können. Dieses Risiko ist sich der Käufer häufig nicht bewusst. Oft wird nämlich gerade von Seite des Käufers versucht, erkannte Risiken im Gewährleistungskatalog abzubilden, um sich dagegen abzusichern. Die Bedeutung einer **klarstellenden Regelung** ist daher besonders hervorzuheben.

Sollte der Veräußerer eine vertragliche Vereinbarung durchsetzen, der zufolge der Gewährleistungsausschluss hinsichtlich bei gehöriger Sorgfalt aus den Due Diligence-Unterlagen ersichtlicher Tatsachen trotz einer gegenteiligen Zusicherung im Gewährleistungskatalog greift, so kommt dem Kriterium der **gehörigen Sorgfalt** erhebliche Bedeutung zu. Im Interesse des Käufers sollte der Vertragsverfasser darauf achten, dass der Gewährleistungsausschluss nur hinsichtlich solcher Mängel greift, die in den Due Diligence Unterlagen **als solche offengelegt und ohne weiteres daraus erkennbar** waren. Der Erwerber verliert dann seinen Anspruch, wenn ihm (oder seinen Beratern) bei der Due Diligence eine **grobe Sorgfaltswidrigkeit** unterlaufen ist. Keinesfalls sollte der Haftungsausschluss bereits bei leichter Fahrlässigkeit bzw bei solchen Mängeln greifen, auf die aus den Unterlagen erst geschlossen werden müsste, da dadurch der Erwerber übermäßig benachteiligt würde.

Sample Clause:

*“Notwithstanding any provisions in this Agreement to the contrary, including the Seller’s Representations and Warranties pursuant to Clause [●], the Seller shall not be liable for a Warranty Claim if and to the extent that the facts and circumstances **directly** forming the basis of the Warranty Claim have been **evidently disclosed** in writing and in sufficient detail to identify the nature and scope of the matter in*

(a) the Due Diligence Material, or

(b) this Agreement, or

(c) the Disclosure Letter.”

Beispiel:

*„Die Haftung für Verletzungen von **in diesem Vertrag abgegebenen Gewährleistungen** ist **ungeachtet einer gegenteiligen Zusicherung in Punkt [●]** ausgeschlossen, sofern die Tatsachen, auf die der Käufer seinen Anspruch stützt, im Datenraum, in diesem Vertrag oder in einem Disclosure Letter ausdrücklich und deutlich offengelegt wurden.“*

Nach dieser Bestimmung **haftet der Veräußerer trotz gegenteiliger Zusicherung** im Gewährleistungskatalog **nicht** für offengelegte Mängel. Die Parteien sollten sich darüber im klaren sein, dass eine solche Vereinbarung aus Sicht des Käufers **strenger und nachteiliger ist als das gesetzliche Gewährleistungsrecht**, das davon ausgeht, dass eine vertragliche Zusage jedenfalls und unabhängig von der Augenfälligkeit des Mangels verpflichtet⁸³⁹. Nicht

⁸³⁹ Siehe dazu Punkt 1.7.2d) und Punkt 1.7.3e).

erfasst von der Klausel sind Mängel, die dem Käufer auf andere Weise als in den genannten Unterlagen bekannt wurden oder für ihn erkennbar waren. In einem Umkehrschluss kann davon ausgegangen werden, dass die Parteien für diese die Gewährleistung nicht ausschließen wollten.

Jedenfalls ist in einem solchen Fall der **Umfang der Due Diligence-Unterlagen** konkret festzuhalten, damit im Streitfall feststeht, welche Unterlagen dem Erwerber zur Verfügung gestellt worden sind. Dies kann dadurch bewerkstelligt werden, dass der Inhalt des Datenraums in Form einer **Datenraum-DVD** dem Vertrag als Beilage angeschlossen wird. Hiermit ist allerdings erheblicher zusätzlicher Aufwand verbunden, da die Berater des Käufers zu prüfen und (aus Haftungsgründen auch im eigenen Interesse!) sicherzustellen haben, dass die Inhalte der DVD exakt mit den Unterlagen der Due Diligence, die ihnen im Regelfall jedoch längst nicht mehr zur Verfügung stehen, übereinstimmen. Es empfiehlt sich daher, unmittelbar nach Abschluss der Due Diligence die Originalunterlagen in digitaler Form **notariell zu versiegeln** und während der Gewährleistungsfrist **aufbewahren** zu lassen. Entsprechendes sollten die Parteien idealer Weise bereits im *Letter of Intent* vereinbaren. Auch ein **Datenraum-Index** bzw ein **Logbuch** können den Beweis Zweck erfüllen, wenn dadurch verlässlich der Stand der Due Diligence-Unterlagen zum Zeitpunkt des Abschlusses der Due Diligence dokumentiert werden kann.

Sollte entgegen der gängigen Praxis **keine Due Diligence durchgeführt** werden, so sollte der Vertrag dennoch eine Regelung darüber enthalten, welche Rechtsfolgen mit der Kenntnis oder (grob) fahrlässigen Unkenntnis von Mängeln verbunden sind.

In jedem Fall empfiehlt sich eine Klarstellung, die **Kenntnis** (oder fahrlässige Unkenntnis) welcher natürlicher Personen maßgeblich sein soll. Zu dieser Problematik s bereits Punkt 3.3.4c).

Sample Clause:

“The Purchaser’s knowledge shall be the knowledge or any lack of knowledge due to gross negligence of Messrs. [●].”

Da es sich bei der Frage, ob der Erwerber Kenntnis von einem bestimmten Mangel hatte oder darüber fahrlässig in Unkenntnis war, um ein anspruchvernichtendes Sachverhaltselement handelt, trägt hierfür nach allgemeinen Regeln der Veräußerer die **Beweislast**. Dadurch wird der Gewährleistungsausschluss etwas abgeschwächt⁸⁴⁰. Eine klarstellende Regelung über die **Beweislast** ist dennoch sinnvoll. Die entsprechende **Dokumentation des Informationsflusses** liegt daher im besonderen Interesse des Veräußerers.

Zum Abschluss dieses Themas soll noch eine weitere umfassendere Ausschlussklausel betreffend spezifisch offen gelegte Mängel zitiert werden, wie sie in internationalen Verträgen regelmäßig vorkommt⁸⁴¹:

“The Seller shall not be liable for, and the Purchaser shall not be entitled to bring any claim under a representation or warranty made in Clause [●], if and to the extent the matter giving rise to a Breach

⁸⁴⁰ Siehe bereits Punkt 1.7.3d).

⁸⁴¹ Orientiert an Sample Clause von Röper, GesRZ 2009, 138.

- (i) was truly and fairly disclosed in one of the **Exhibits** attached to this Agreement; or
 - (ii) was truly and fairly disclosed in the documents listed in the **Data Room index** attached as Exhibit [●]; or
 - (iii) was **otherwise known** by the Purchaser by way of actual knowledge on or prior to Signing⁸⁴²; or
 - (iv) was truly and fairly disclosed in any **vendor due diligence reports** listed in Exhibit [●] and prepared in respect of the transaction contemplated in this Agreement
- (collectively the “**Disclosed Information**”).

Facts and circumstances that **could reasonably be concluded**, without making further enquiries, from the Disclosed Information, are deemed to be known by the Purchaser⁸⁴³.

Any facts and circumstances shall be deemed “**truly and fairly disclosed**” within the meaning of this Clause if the disclosure was made in a manner that

- (a) the significance of the respective information disclosed could have reasonably been appreciated by the Purchaser **from the face of the respective document**, and
- (b) the **degree of exposure** of the respective issue was in its materiality and its amount reasonably apparent from the Disclosed Information; and
- (c) the disclosure was **not misleading** and there was **no omittance** from the Disclosed Information with the effect that the significance of the Disclosed Information could not be reasonably appreciated by the Purchaser or was only disclosed in any other part of a document without reference to the respective issue.”

3.5.2 Zusicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Due Diligence-Unterlagen

Verlangt der Verkäufer einen – mehr oder weniger weit gehenden – Haftungsausschluss für Umstände, die in der Due Diligence offengelegt wurden, so wird der Käufer seinerseits darauf bestehen, eine Zusicherung des Verkäufers betreffend die **Richtigkeit und Vollständigkeit der zur Verfügung gestellten Unterlagen** zu erhalten.

Insb sollte eine solche Zusicherung die korrekte Wiedergabe der wirtschaftlichen und rechtlichen **Situation des Zielunternehmens** umfassen sowie die ausreichende Offenlegung von Informationen, die für die **Kaufentscheidung notwendig** sind⁸⁴⁴.

Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, darauf zu achten, wie der **Begriff der Due Diligence-Unterlagen** definiert wird. Der Verkäufer sollte in diesem Zusammenhang unbedingt überlegen, welches Material im Datenraum zur Verfügung gestellt wurde, für das er diese Zusicherung der Richtigkeit keinesfalls abgeben kann. Diese Unterlagen sind dann **von der Definition explizit auszunehmen**, sodass auf bestimmte Unterlagen die Zusicherung der Richtigkeit keine Anwendung findet.

⁸⁴² Die „sonstige Kenntnis“ geht sehr weit und ist für den Käufer erheblich nachteilig.

⁸⁴³ Diese Klausel erweitert den Ausschluss zum Nachteil des Käufers über spezifisch offengelegte Umstände hinaus auf naheliegende Schlussfolgerungen.

⁸⁴⁴ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 48 am Ende.

Besonders heikel sind in diesem Zusammenhang Unterlagen, die **zukunftsorientierte Angaben**, wie etwa Geschäftspläne, Cash Flow-Planung, Umsatzprognosen etc enthalten. Wird die Richtigkeit dieser Unterlagen zugesagt, so erreicht der Käufer unter Umständen versteckt über eine Zusicherung betreffend die Due Diligence eine Gewährleistung bzw unechte Garantie für den zukünftigen Unternehmenserfolg!

Besondere Vorsicht geboten ist auch bei Due Diligence-Unterlagen, in denen das **Management oder Angestellte des Zielunternehmens interviewt** werden und diese im Zuge dessen Aussagen über das Zielunternehmen treffen. Auch hier kann es dazu kommen, dass durch die allgemeine Zusicherung, dass die in den Due Diligence-Unterlagen enthaltenen Informationen richtig sind, die Richtigkeit der in den Interviews getroffenen Aussagen gewährleistet wird. Ein solches Ergebnis ist aus Sicht des Käufers unbedingt zu vermeiden, indem derartige Unterlagen von der Zusicherung ausgenommen werden.

Entscheidend ist auch hier, dass der **Umfang der Due Diligence-Unterlagen** konkret **dokumentiert** wird, damit im Streitfall feststeht, welche Unterlagen dem Erwerber zur Verfügung gestellt worden sind, bestenfalls durch eine **Datenraum-DVD**, die dem Vertrag als Beilage angeschlossen wird⁸⁴⁵.

Sample Clause: **Disclosure Warranty**

*“All information that was disclosed to the Purchaser or its advisors **in the context of the Purchaser’s due diligence investigation** with regard to the Company and its Subsidiaries (the “**Disclosed Material**”) is true, accurate, complete and not misleading. The Due Diligence Material represents a true and fair view of **the economic situation of the Company and the Subsidiaries respectively.***

No circumstances are known [or should have been known] to the Seller that

(a) were not disclosed to the Purchaser or its advisors and that would make the information disclosed untrue, inaccurate or misleading or

*(b) the disclosure or nondisclosure of which would have a **material effect on the intention of the Purchaser** to acquire the Total Investment or on the terms upon which the Purchaser would be willing to acquire the Shares.”*

Diese Gewährleistungszusage geht relativ weit und kommt somit den Interessen des Käufers entgegen. Im Interesse des Verkäufers empfiehlt sich eine engere Definition der Due Diligence-Unterlagen, etwa eine Beschränkung auf *Best Knowledge* des Verkäufers und auf den Datenraum,

*“To the Seller’s **Best Knowledge**⁸⁴⁶, all information that was disclosed to the Purchaser or its advisors **in the Data Room** is true, accurate, complete and not misleading **in all material aspects on the Signing Date**⁸⁴⁷ ...”.*

⁸⁴⁵ Wird an anderer Stelle des Vertrages eine Zusicherung der Richtigkeit der Beilagen abgegeben, ist unbedingt darauf zu achten, dass gewisse Due Diligence-Unterlagen davon ausgenommen werden bzw dass klargestellt wird, dass die Klausel über die Zusicherung betreffend Due Diligence-Unterlagen als speziellere jener betreffend die Richtigkeit der Beilagen vorgeht.

⁸⁴⁶ Siehe die Definition unter Punkt 3.3.4a).

3.5.3 *Disclosure Letter* und Due Diligence

Aus Sicht des Käufers relativ günstig ist eine Vereinbarung, der zufolge nicht generell alle Umstände, die aus den Due Diligence-Unterlagen erkennbar wurden, von der Gewährleistung ausgeschlossen werden, sondern nur diejenigen, die vom Verkäufer **vor Vertragsschluss gesondert und explizit** in der Form eines so genannten ***Disclosure Letter*** (*Disclosure Schedule*) offengelegt wurden^{848,849}. Ein derartiger Haftungsausschluss ist enger, insb als er die Fahrlässigkeitskomponente ausschließt sowie darauf angewiesen ist, die Mängel explizit und taxativ aufzuzählen. Er ist daher gegenüber dem Verkäufer regelmäßig nur schwer durchzusetzen. Es ist aber zu betonen, dass auch die Qualität dieses Haftungsausschlusses in erster Linie davon abhängt, wie weit oder präzise die im *Disclosure Letter* aufgelisteten Umstände umschrieben sind.

Der Käufer hat den Inhalt des *Disclosure Letter* genau zu prüfen und mit den Ergebnissen der Due Diligence zu vergleichen, um allenfalls zusätzliche Offenlegung fordern zu können. Andernfalls übernimmt er ein Risiko, das ihm nicht in vollem Ausmaß bekannt ist⁸⁵⁰. In diesem Zusammenhang ist wesentlich, dass der *Disclosure Letter* möglichst früh zur Verfügung gestellt wird, sodass der Käufer vor Vertragsschluss einen angemessenen Zeitraum zur Prüfung der offengelegten Umstände hat. Ist von vornherein ein Haftungsausschluss über einen *Disclosure Letter* angedacht, empfiehlt es sich, bereits im *Letter of Intent* einen Zeitpunkt hierfür zu vereinbaren.

3.6 Ausschluss der schadenersatzrechtlichen Haftung sowie der Irrtumsanfechtung

Die gesetzlichen Regelungen zur Haftung aus **Schadenersatz** sind ebenso wie Gewährleistungsansprüche dispositiv. Die Haftung für **Vorsatz**⁸⁵¹ und **krass grobes Verschulden**⁸⁵² können jedoch nicht ausgeschlossen werden.

Auch die **Irrtumsanfechtung** kann ausgeschlossen werden⁸⁵³.

Wurde ein Gewährleistungsausschluss vereinbart, bedeutet dies grundsätzlich nicht, dass damit auch die Irrtumsanfechtung konkludent ausgeschlossen wäre⁸⁵⁴. In einer jüngeren

⁸⁴⁷ Die Einschränkung auf wesentliche Abweichungen ist grundsätzlich nicht erforderlich, wenn auf Ebene der Rechtsfolgen die Haftung betragsmäßig durch eine *de minimis*-Schwelle beschränkt ist; zur „doppelten Wesentlichkeit“ s Punkt 4.6.1a).

⁸⁴⁸ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 33; Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement², 12.

⁸⁴⁹ Siehe dazu bereits Punkt 3.4.4c).

⁸⁵⁰ Wachter/Mader in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 73.

⁸⁵¹ Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³ § 879 Rz 11; OGH 8 Ob 182/66 JBl 1974, 261.

⁸⁵² Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³ § 879 Rz 11; OGH 6 Ob 836/83 RdW 1985, 306 = JBl 1986, 172.

⁸⁵³ Parschalk/Wahl, wbl 2003, 359 f.

⁸⁵⁴ OGH 1 Ob 545/92 ecolex 1992, 554.

Entscheidung⁸⁵⁵ hat allerdings der OGH im Fall eines Haftungsausschlusses für einen bestimmten Umstand auch die Irrtumsanfechtung diesbezüglich als ausgeschlossen angesehen.

Beispiel⁸⁵⁶:

*„Der Verkäufer haftet dem Käufer im Zusammenhang mit diesem Vertrag ausschließlich für Verletzungen der in diesem Vertrag ausdrücklich abgegebenen Gewährleistungen und nur nach Maßgabe der nachfolgenden Haftungsbeschränkungen. Darüber hinausgehende Ansprüche und Ansprüche, die sich auf andere Rechtsgrundlagen, wie etwa **Schadenersatz**, stützen, sind ausdrücklich ausgeschlossen. Das Recht, diesen Vertrag wegen **Irrtums**, **laesio enormis** oder **Wegfalls der Geschäftsgrundlage** anzufechten oder dies einredeweise geltend zu machen oder aus einem dieser Gründe Preisminderung oder Vertragsanpassung zu verlangen, ist ausgeschlossen.“*

Sample Clause⁸⁵⁷:

*“The Seller shall be liable to the Buyer only for a breach of the representations and warranties stated in this Agreement and only subject to the limitations under this Agreement. Any further claims such as **damages**, statutory warranty or claims asserted on the basis of any other legal title shall be expressly excluded. Furthermore, the Parties **waive the right to rescind this Agreement** on the grounds of (or to assert by way of defense) **error**, **laesio enormis** or **frustration of contract** (Wegfall der Geschäftsgrundlage), or to assert any price reduction or an adjustment of this Agreements on any of these grounds.”*

3.7 Zusagen des Erwerbers

Häufig verlangt der Veräußerer vom Erwerber Gewährleistung dafür, dass in der Sphäre des Erwerbers bestimmte Umstände vorliegen bzw nicht vorliegen. Hierbei handelt es sich jedoch dogmatisch nicht um Gewährleistungszusagen im eigentlichen Sinn, da sich Gewährleistungszusagen definitionsgemäß auf den Kaufgegenstand beziehen. Dies ist aber hier nicht der Fall. Vielmehr handelt es sich um Zusicherungen, die die Sphäre des Käufers selbst betreffen und die Haftungsfolgen auslösen, sollten sie sich als unzutreffend erweisen. Dies entspricht – je nach vereinbarter Rechtsfolge – eher einer (**unechten**) **Garantie**.

In erster Linie geht es hier um die wirksame **Errichtung und Bestand** der Gesellschaft des Käufers in der jeweiligen Rechtsordnung sowie das Nichtvorliegen von **Insolvenztatbeständen** bzw Insolvenzverfahren. In Wahrheit ist eine derartige Zusage allerdings idR zahnlos, da im Fall, dass die Käufergesellschaft nicht wirksam besteht oder insolvent ist, auch Gewährleistungsansprüche gegen sie (als nicht existenter Vertragspartner) ins Leere gehen werden.

Weiters sichert der Käufer häufig zu, dass auf seiner Seite sämtliche erforderlichen **Zustimmungen und Genehmigungen** (nach der anwendbaren Rechtsordnung) für die

⁸⁵⁵ OGH 8 Ob 98/08g ecolex 2009/105; dazu s Dorda/Ramsauer in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 62.

⁸⁵⁶ Vgl Kletter in Hausmaninger/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch I, 112.

⁸⁵⁷ Vgl Kletter in Hausmaninger/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch I, 126.

Durchführung der Transaktion vorliegen. Dies betrifft vor allem **gesellschaftsrechtliche** Zustimmungen (zB des Aufsichtsrats oder der Gesellschafter) sowie allenfalls erforderliche **öffentlichrechtliche** Genehmigungen. Hierbei ist folgendes zu bedenken: Wenn der Erwerber nach dem auf ihn anwendbaren Recht die Transaktion mangels Einholung der erforderlichen Zustimmungen bzw Genehmigungen nicht (außen)wirksam abschließen kann, so wird im Regelfall der gesamte Vertrag und damit auch die entsprechende Gewährleistungszusage unwirksam sein. Ist umgekehrt die Einschränkung nur im Innenverhältnis relevant und schlägt nicht auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts durch, wird idR gar kein Bedarf an einer derartigen Zusage bestehen.

Zu bedenken ist auch die Möglichkeit, dass in **Verträgen mit Dritten** Zustimmungsvorbehalte für Fälle des Beteiligungserwerbs vorgesehen sein können, insb in Finanzierungsverträgen, und dass die Verletzung derartiger Vertragsklauseln Kündigungsrechte des Dritten oder Vertragsstrafen auslösen können, die die finanzielle Leistungsfähigkeit des Erwerbers erheblich beeinträchtigen können. Es sollte daher auch eine Zusage vorgesehen werden, der zufolge der Erwerber durch die Durchführung der Transaktion **keine Verträge mit oder Rechte von Dritten verletzt**. Andererseits ist offensichtlich, dass auch in einem solchen Fall Ansprüche mangels Zahlungsfähigkeit des Erwerbers ins Leere gehen können. Der Verkäufer sollte daher auf eine entsprechende Absicherung seiner Kaufpreisforderung achten.

Relevant sind Gewährleistungszusagen des Käufers jedenfalls dann, wenn die **Gegenleistung** nicht in Geld besteht sondern etwa in der Form von **Geschäftsanteilen oder Aktien** erbracht wird. Diesbezüglich ist auf die Ausführungen zu den Gewährleistungszusagen des Verkäufers zu verweisen.

Sample Clause ***Representations and Warranties of the Buyer:***

“The Purchaser warrants that the following statements as set forth in this Clause are – unless explicitly otherwise provided for in the respective warranty – true, accurate, complete and not misleading as of Signing and, where explicitly stated, as of Closing:

- *The Purchaser is a **corporation duly organized and validly existing** under the laws of [●]. It has full power and authority to conduct its business as presently conducted and to own its assets and properties as presently owned.*
- *All **corporate actions** required for the Purchaser to enter into and to carry out this Agreement have been duly taken. This Agreement and any other document to be executed pursuant to this Agreement have been duly executed and delivered by the Purchaser and constitute **valid and binding obligations** of the Purchaser and are enforceable against the Purchaser in accordance with their terms.*
- *No consent, authorisation, approval, license, permit or registration other than provided in Annex [●] by any **Governmental Authority**⁸⁵⁸ is required of the Purchaser in connection with the execution and performance of this Agreement.*

⁸⁵⁸ Definition: „...means any multinational, national, federal, state, provincial or local governmental authority or entity or any subdivision thereof, including without limitation any agency, division, department, court or other body thereof of a relevant jurisdiction“.

- *The **execution and delivery** of this Agreement and the consummation of the transactions contemplated hereby **will not conflict** with, or result in a breach of, or constitute a default under, or give rise to a right of termination, cancellation or acceleration of, the **Articles of Association** or the By-laws of the Purchaser or **any agreement** or instrument by which the Purchaser is bound.*“

3.8 Bilanzgarantie und Eigenkapitalgarantie

3.8.1 Bilanzgarantie

a) Bedeutung des Jahresabschlusses

Besondere Bedeutung hat die Frage, ob (und welche) bestimmte Eigenschaften ausdrücklich ausbedungen wurden, wenn in den Vertragsverhandlungen bestimmte Geschäftsunterlagen, insb der **Jahresabschluss**, des Zielunternehmens vorgelegt werden⁸⁵⁹: Der Jahresabschluss dient zur Konkretisierung des Vertragsgegenstandes, zur Ermittlung des Kaufpreises und als Grundlage für Gewährleistungszusagen. Viele Unternehmensmängel beziehen sich nämlich auf bilanzierfähige Tatsachen.

Wenn diese Unterlagen auch zweifellos für den Vertragsabschluss eine Bedeutung haben, so ist allein aus deren Vorlage grundsätzlich noch nicht erwiesen, dass damit bestimmte Unternehmenseigenschaften verbindlich zugesichert wurden. Haben der vorgelegte Jahresabschluss bzw die darin enthaltenen Eigenschaften wesentlichen **Einfluss auf die Preisbildung** gehabt, so kann hingegen angenommen werden, dass die **Eigenschaftsbeschreibung zum Vertragsinhalt** erhoben worden ist⁸⁶⁰. Anders wäre zu entscheiden, wenn der Veräußerer auf die **Unverbindlichkeit oder Vorläufigkeit** dieser Angaben hingewiesen hat⁸⁶¹.

Regelmäßig werden daher **ausdrückliche Zusicherungen** betreffend den zuletzt erstellten Jahresabschluss in den Gewährleistungskatalog aufgenommen. Zu beachten ist, dass in der Praxis gängig von Bilanz**garantie** gesprochen wird, obwohl es sich im Regelfall um eine bloße gewährleistungsrechtliche **Eigenschaftszusicherung** handelt⁸⁶².

Eine Zusicherung der Richtigkeit des Jahresabschlusses sichert den Käufer gegen eine **Vielzahl von Mängeln** ab, nämlich gegen alle, die bilanziell zu berücksichtigen sind. Im Regelfall erfolgt die Berücksichtigung von Risiken durch Bildung einer **Rückstellung** (zusätzlicher Aufwand in der Gewinn- und Verlustrechnung und Ausweis einer Verbindlichkeit in der Bilanz) oder (außerplanmäßige) **Abschreibung** (zusätzlicher Aufwand in der Gewinn- und Verlustrechnung bzw Vermögensminderung auf der Aktivseite der Bilanz). Der Käufer ist durch die Eigenschaft der Bilanzgarantie als **Auffangtatbestand** gut

⁸⁵⁹ *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 86.

⁸⁶⁰ ZB OGH 7 Ob 553/88 wbl 1988, 341; für Deutschland s BGH I ZR 103/68 WM 1970, 819.

⁸⁶¹ Für Deutschland BGH I ZR 103/68 WM 1970, 819, 821.

⁸⁶² Siehe ausführlich *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 28 ff.

abgesichert. Der Verkäufer übernimmt aber unter Umständen für ihn nicht überschaubare Haftungsrisiken.

In diesem Zusammenhang ist zwischen der so genannten **objektiven** und der **subjektiven** Bilanzgarantie zu unterscheiden.

b) Subjektive Bilanzgarantie

Liegt eine Eigenschaftsvereinbarung in der Form vor, dass der Verkäufer dafür haftet, dass der Jahresabschluss gemäß den **gesetzlichen Vorschriften des UGB** und unter Einhaltung der **Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung** errichtet wurde, so spricht man von einer subjektiven Bilanzgarantie. Der Veräußerer sichert nämlich die **subjektive Richtigkeit** der Bilanz zu.

Er hat dafür einzustehen, dass sämtliche Mängel und Risiken, die für ihn als sorgfältigen Unternehmer **erkennbar** waren und die nach den gesetzlichen Vorschriften, insb gemäß dem Vorsichtsprinzip, in der Bilanz berücksichtigt werden müssen, auch tatsächlich berücksichtigt wurden. Aufgrund des subjektiven Elements der Erkennbarkeit wird diese Form der Bilanzgarantie als subjektive bezeichnet. Dies entspricht einer **Best Knowledge-Klausel**⁸⁶³.

Umgekehrt bedeutet dies, dass der Veräußerer für solche Mängel und Risiken, die auch für den sorgfältigen Unternehmer **nicht erkennbar** waren und demzufolge selbst nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung, insb nach dem Vorsichtsprinzip, nicht berücksichtigt werden konnten, nicht einzustehen hat. In einem solchen Fall wurde der Jahresabschluss zwar gemäß den gesetzlichen Vorschriften erstellt, er ist daher **gesetzmäßig**, aber objektiv gesehen **dennoch unrichtig**.

Nicht erkennbare Risiken kann der Käufer somit nur über eine objektive Bilanzgarantie abfangen.

Besonders problematisch ist die Subjektivität insb dann, wenn zwischen dem letzten Bilanzstichtag und dem Übergabezeitpunkt ein **längerer Zeitraum** liegt. In einem solchen Fall ist eine zusätzliche Regelung erforderlich, die auch noch auf den Kenntnisstand des Verkäufers zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw der Übergabe abstellt⁸⁶⁴. Dies kann zB dadurch erfolgen, dass der Verkäufer zusichert, dass **nach seinem besten Wissen seit dem letzten Bilanzstichtag keine Umstände eingetreten** sind, die einen erheblich nachteiligen Effekt auf die Vermögens- Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft haben können. Wird die entsprechende Zusicherung nicht nur für den Zeitpunkt des *Signing* sondern auch des *Closing* abgegeben, so sind damit gleichzeitig auch nachteilige Veränderungen im Zeitraum zwischen *Signing* und *Closing*⁸⁶⁵ abgedeckt.

c) Objektive Bilanzgarantie

In einer objektiven Bilanzgarantie sichert der Verkäufer zu, dass der Jahresabschluss nicht nur in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften aufgestellt wurde, sondern dass er

⁸⁶³ Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 704.

⁸⁶⁴ Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 704.

⁸⁶⁵ Dies entspricht dann gleichzeitig einer sog MAC-Klausel (*material adverse change*), wenn in den Rechtsfolgen eine Rücktrittsmöglichkeit vorgesehen ist.

darüber hinaus auch den tatsächlichen Verhältnissen entspricht und somit auch **objektiv richtig und vollständig** ist.

In diesem Fall haftet der Veräußerer auch für Mängel und Risiken, die zum Zeitpunkt der Erstellung des Jahresabschlusses tatsächlich **nicht erkennbar** waren (zB die unterirdische Kontamination einer Liegenschaft), die aber für den (fiktiven) Fall der Erkennbarkeit im Jahresabschluss hätten berücksichtigt werden müssen (zB durch Bildung einer Rückstellung oder außerplanmäßigen Abschreibung). Der Verkäufer trägt bei einer objektiven Bilanzgarantie das **volle Risiko für geheime Mängel**.

Es ist offenkundig, dass es sich hierbei um eine sehr scharfe Form der Haftung des Veräußerers handelt, die ihn nicht überschaubaren Haftungsrisiken aussetzt und der er daher nur unter besonderen Umständen zustimmen wird.

Auch bei der objektiven Bilanzgarantie besteht grundsätzlich das Problem, dass diese stichtagsbezogen ist und nachteilige Veränderungen seit dem letzten Bilanzstichtag nicht abgedeckt werden. Auf die diesbezüglichen Ausführungen zu Punkt b) kann mit der Maßgabe verwiesen werden, dass iZm einer objektiven Bilanzgarantie darauf zu achten ist, dass auch die den **Übergangszeitraum** betreffende Zusicherung objektiv abgegeben wird.

d) Caveat

So genannte **werterhellende Umstände**, das sind Umstände, die zwischen dem Bilanzstichtag und dem Zeitpunkt der Erstellung des Jahresabschlusses **hervorkommen** und sich auf das vergangene Geschäftsjahr beziehen, sind bei der Bilanzerstellung jedenfalls noch zu berücksichtigen. Hingegen finden solche Umstände, die erst nach dem Bilanzstichtag **eingetreten** sind, im Jahresabschluss keine Berücksichtigung.

Zu beachten ist jedenfalls, dass auch die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung gewisse Bilanzierungs-, insb **Bewertungswahlrechte**, einräumen. Weiters bleiben Sachverhalte von untergeordneter Bedeutung aufgrund des bilanzrechtlichen **Wesentlichkeitsgrundsatzes** außer Betracht. Der Grundsatz schränkt somit die Gewährleistung ein. Darüber hinaus können bei fehlender Gleichwertigkeit Nachteile **nicht** mir Vorteilen **saldiert** werden. Es kommt auf die Gleichwertigkeit für die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage an⁸⁶⁶. **Schwebende Geschäfte**, die im Jahresabschluss nicht erfasst werden, sind durch andere Klauseln abzudecken, oder es ist die Bilanzgarantie entsprechend zu erweitern.

e) Typischer Regelungsinhalt einer Bilanzgarantie

Typischerweise ist in Gewährleistungskatalogen eine Zusicherung hinsichtlich der **Richtigkeit des letzten Jahresabschlusses** enthalten. Mit der Richtigkeit der Bilanz ist damit gleichzeitig die Höhe des **buchmäßigen Eigenkapitals** zugesichert.

Der Veräußerer gewährleistet regelmäßig dafür, dass die Angaben und Wertansätze im Zeitpunkt des Bilanzstichtages richtig und vollständig waren und in der Zeit zwischen

⁸⁶⁶ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 606.

Bilanzerstellung und Erfüllung des Unternehmenskaufs durch den Verkäufer nur solche Veränderungen stattgefunden haben, die dem laufenden Geschäftsbetrieb entsprechen⁸⁶⁷.

Beispiel⁸⁶⁸:

*„Der Jahresabschluss samt Lagebericht zum [Stichtag] wurde geprüft und mit einem uneingeschränkten **Bestätigungsvermerk** versehen.*

*Er wurde entsprechend den zum Zeitpunkt seiner Erstellung anwendbaren Bestimmungen des UGB in Übereinstimmung mit den **Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung** und unter Fortführung der bisher angewandten Bilanzierungs- und Bewertungsgrundsätze erstellt und vermittelt daher ein **möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft iSd § 195 UGB***⁸⁶⁹.

*Die Gesellschaft hat alle nach den Bestimmungen des Unternehmens- und Steuerrechts zu führenden Bücher und Unterlagen ordnungsgemäß **geführt und aufbewahrt**.*“

Der Verweis auf die gesetzliche Bestimmung des § 195 UGB ist mE wesentlich, da dadurch klargestellt ist, dass sich das zugesicherte getreue Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage nur auf erkennbare Risiken bezieht und keine objektive Zusage darstellt. In der Praxis findet man häufig Zusagen wie „Der Jahresabschluss [●] gibt die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft richtig und vollständig wieder.“ Dies ist, auch wenn es dem Wortlaut des Gesetzes entspricht, von der Formulierung her eine objektive Zusage und daher missverständlich und mE problematisch.

Sample Clause:

*“The annual accounts [year(s)] (collectively the “**Financial Statements**”) for the Company were prepared **in accordance with the Austrian Business Code** (Unternehmensgesetzbuch) and Austrian generally accepted accounting principles. The same accounting principles have consistently been applied in past practice. The Financial Statements present – within the meaning of Sec. 195 Austrian Business Code – a **true and fair view** of the assets and liabilities (Vermögenslage), of the financial condition (Finanzlage) and the results of operation (Ertragslage) of the Company as of [date(s)].*

*The Financial Statements were audited and provided with an **unrestricted auditors’ certificate** (uneingeschränkter Bestätigungsvermerk).*

*All **accounting books**, required under the applicable commercial and fiscal legal provisions have been properly kept, and the retention periods have been fully complied with.”*

Sample Clause für den **Zeitraum zwischen dem letzten Bilanzstichtag und Closing**:

“Since the Balance Sheet Date until the Closing Date,

⁸⁶⁷ Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 86 mit Verweis auf Puck in Nemec/Reicheneder, Der Unternehmenskauf und seine Abwicklung in der Praxis 269.

⁸⁶⁸ Dolezel-Huber/Greinecker, ecolex 2002, 606 f.

⁸⁶⁹ § 195 UGB: „Der Jahresabschluß hat den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung zu entsprechen. Er ist klar und übersichtlich aufzustellen. Er hat dem Unternehmer ein möglichst getreues Bild der Vermögens- und Ertragslage des Unternehmens zu vermitteln.“

- *[to the **best knowledge** of the Seller,]⁸⁷⁰ the Company has been conducted in the **ordinary course of business** and there has been no event that would be reasonably likely to materially and adversely affect the **accuracy of the Accounts**;*
- *[to the **best knowledge** of the Seller,] the Company has not experienced and no events have occurred that may reasonably be expected to have a **material adverse effect** on its assets and liabilities (Vermögenslage), financial condition (Finanzlage) or results of operation (Ertragslage)."*

3.8.2 Eigenkapitalgarantie

a) Interessenlage

Eine weitere Möglichkeit eines **Auffangtatbestandes** zugunsten des Käufers bietet die so genannte Eigenkapitalgarantie. Das Eigenkapital stellt eine bilanzielle **Saldogröße** zwischen den Vermögenswerten der Aktivseite der Bilanz und den Verbindlichkeiten der Passivseite dar. Daher wird jede ergebniswirksame Veränderung entweder in den Vermögenswerten der Aktivseite oder in den Verbindlichkeiten der Passivseite **unmittelbar** in einer Veränderung des Eigenkapitals **reflektiert**. Jeder Mangel an einem Vermögensgegenstand sowie jede zusätzliche Verbindlichkeit resultieren daher gleichsam „automatisch“ in einer Minderung des Eigenkapitals. Bilanzgarantie und Eigenkapitalgarantie sind daher eng miteinander verbunden.

Auch hier gilt, wie bereits oben zur Bilanzgarantie ausgeführt, dass die Bezeichnung als Garantie oft irreführend und fälschlicherweise erfolgt, da es sich im Regelfall um eine bloße **Eigenschaftszusage** handelt.

b) Relevanter Zeitpunkt

Ganz entscheidend für die Eigenkapitalgarantie ist der **Zeitpunkt**, auf den sie sich bezieht. Da das Eigenkapital eine bilanzielle **Saldogröße** zwischen den Vermögenswerten der Aktivseite der Bilanz und den Verbindlichkeiten der Passivseite ist, geht eine Eigenkapitalgarantie, die sich auf den **Zeitpunkt des letzten Jahresabschlusses** bezieht, nicht über eine Bilanzgarantie hinaus. Sie bringt für den Käufer keinen zusätzlichen Vorteil.

Ein Käufer, der sich eine Bilanzgarantie, eine auf den Zeitpunkt des letzten Jahresabschluss bezogene Eigenkapitalgarantie und zusätzlich noch konkrete Zusagen für einzelne Bilanzpositionen⁸⁷¹ geben lässt, ist demzufolge unter Umständen (unnötigerweise) dreifach für ein und denselben Mangel abgesichert. Das Verhältnis zwischen den verschiedenen Zusicherungen wird regelmäßig nicht klargestellt. Meist wird jedoch der Parteiwille nachweislich darauf gerichtet sein, dass der Veräußerer für ein und denselben Mangel nur einmal Genugtuung zu leisten hat⁸⁷².

Durch die Wahl eines anderen Zeitpunkts kann hingegen der Eigenkapitalgarantie ein eigener Anwendungsbereich eingeräumt werden, der über jenen der Bilanzgarantie hinausreicht:

⁸⁷⁰ Für den Fall einer subjektiven Zusage; entspricht einer „verlängerten“ subjektiven Bilanzgarantie.

⁸⁷¹ ZB Maschinen, Liegenschaften, Kundenforderungen, Rückstellungen etc.

⁸⁷² Siehe bereits Punkt 3.3.11.

Typischerweise wird dem Käufer Eigenkapital in bestimmter Höhe zum **Zeitpunkt des dinglichen Rechtsüberganges**⁸⁷³ zugesichert. Regelmäßig wird dann zu diesem Zeitpunkt ein Zwischenabschluss erstellt (sog. **Completion Accounts**) und über Vergleich des zugesicherten Eigenkapitals mit der Eigenkapitalposition der *Completion Accounts* der **Kaufpreis** entsprechend **angepasst**⁸⁷⁴.

Bezieht sich die Eigenkapitalgarantie auf den Zeitpunkt des dinglichen Rechtsübergangs, werden die *Completion Accounts* naturgemäß erst erstellt, nachdem dem Käufer das Unternehmen übergeben wurde. Dem Verkäufer sollte daher die Möglichkeit eingeräumt werden, an der Aufstellung des Abschlusses bzw an der Berechnung des Eigenkapitals laut Vereinbarung **mitzuwirken** oder diese zumindest zu **überprüfen**.

Für den Fall von Meinungsverschiedenheiten sollte ein **Streitbeilegungsmechanismus** vorgesehen werden⁸⁷⁵. Danach wird der Abschluss von einem unabhängigen Sachverständigen geprüft und die Höhe des Eigenkapitals für beide Parteien bindend festgestellt. Für den Fall, dass sich die Parteien nicht auf die Person des Sachverständigen einigen können, sollte vorgesehen sein, dass dieser zB durch den Präsidenten der Kammer der Wirtschaftstreuhänder bestimmt wird. Sinnvoll ist in diesem Zusammenhang auch eine Regelung über Fristen, innerhalb derer die Überprüfung sowie die Streitbeilegung zu erfolgen haben.

c) Definition und Berechnung des Eigenkapitals

Eine Eigenkapitalgarantie sollte eine **Definition** für den Begriff des Eigenkapitals enthalten.

Es kann nicht nur die Summe des Eigenkapitals sondern auch eine bestimmte **Zusammensetzung** der verschiedenen Bilanzpositionen zugesichert werden.

Bei der Ermittlung der zuzusichernden Eigenkapitalsumme wird regelmäßig vom letzten **Jahresabschluss** ausgegangen oder zu einem bestimmten wirtschaftlichen Stichtag ein Zwischenabschluss erstellt. Die Vertragsparteien sollten sich auf die Bilanzierungs- und Bewertungsgrundsätze einigen. Meist wird auf dem Grundsatz der **Bilanzkontinuität** aufgebaut, was bedeutet, dass die bisherige Bewertungspraxis fortgesetzt wird.

Dies ist allerdings nicht zwingend. Die Parteien können ein **eigenes Berechnungssystem** vereinbaren. In diesem ist zum einen ein Abgehen von der bisherigen Bewertungs- und Bilanzierungspraxis möglich. Darüber hinaus können die Parteien auch vereinbaren, wie für den Zweck der Berechnung Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechte ausgeübt werden sollen. Sie können sogar abweichend von den gesetzlichen Rechnungslegungsbestimmungen eigene Regeln für die Berechnung und Bewertung aufstellen. Bspw können sie vereinbaren, dass die Bildung bestimmter Rückstellungen ausgeschlossen ist⁸⁷⁶.

⁸⁷³ Übergabestichtag; *Closing*.

⁸⁷⁴ Siehe dazu bereits ausführlich Punkt 3.3.12b).

⁸⁷⁵ *Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 607.

⁸⁷⁶ *Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 607 mit Verweis auf *Rödter/Hötzel/Mueller-Thuns*, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf § 8 Rz 17.

Sinnvoll ist darüber hinaus eine Regelung, wie mit einer allfälligen **nachträglichen Änderung** des Jahresabschlusses, zB im Zuge einer Betriebsprüfung, umzugehen ist. Eine solche sollte keine Auswirkungen auf die Höhe des berechneten Eigenkapitals haben⁸⁷⁷.

d) Buchwert und Verkehrswert des Eigenkapitals

Sichert der Verkäufer nicht einen Verkehrswert sondern bloß einen gewissen Bestand des **buchmäßigen** Eigenkapitals zu, so muss der Käufer sich darüber bewusst sein, dass eine derartige Zusage nur solche Umstände erfasst, die in einer Bilanz reflektiert werden.

Zwar wird im Rahmen einer **buchmäßigen** Eigenkapitalgarantie ein gewisser Mindestunternehmenswert zugesagt, es ist jedoch zu beachten, dass sämtliche Faktoren, die **stille Reserven** oder den **Firmenwert** (zB Kundenstamm, Marktanteile) betreffen und die in der Bilanz aufgrund des rechnungslegungsrechtlichen Vorsichtsprinzips nicht abgebildet sind, unberücksichtigt bleiben. Zudem ist ein bilanzieller Ansatz stets eine **statische** Momentaufnahme und unterscheidet sich grundlegend von anderen Bewertungsmethoden, wie zB den *Discounted Cash Flow*-Methoden.

3.9 Die Steuerklausel

3.9.1 Interessenlage

Die Steuerklausel dient der Absicherung gegen Steuerrisiken. Um den Schutzbedarf des Käufers zu klären, gilt es zunächst, die möglichen Risiken zu identifizieren. Hierbei ist zu bedenken, dass sich Steuerschulden nicht nur **wertmindernd** auf das Unternehmen auswirken, sondern sie können auch **haftungsrechtliche Folgen** für den Erwerber haben: Der Erwerber haftet unter bestimmten Voraussetzungen für öffentlichrechtliche Abgaben. Aus Sicht des Erwerbers bestehen demnach zwei Risiken: das allgemeine Wertminderungsrisiko sowie sein persönliches Haftungsrisiko.

Der **Erwerber** hat daher ein Interesse, einerseits seine **Gewährleistungsansprüche** vertraglich entsprechend abzusichern. Darüber hinaus wird er für den Fall, dass der Erwerber zur **gesetzlichen Abgabenhaftung** in Anspruch genommen wird, ein Rückgriffsrecht gegenüber dem Veräußerer vereinbaren wollen.

Andererseits besteht nach dem Erwerb die Möglichkeit abgabenbehördlicher Prüfungen betreffend Zeiträume vor dem Veräußerungstichtag. Der **Veräußerer** hat diesbezüglich ein Interesse, sich **Informations- und Mitwirkungsrechte** vorzubehalten⁸⁷⁸.

3.9.2 Abgabenhaftung

Im Zusammenhang mit öffentlichrechtlichen Abgaben ist § 928 ABGB zu beachten, der vorsieht, dass **Schulden und Rückstände**, die auf der Sache haften, vom Verkäufer stets – dh selbst dann, wenn sie offenkundig sind – zu vertreten sind. Zu denken ist hier insb an Grundsteuer, Aufschließungsbeiträge, Zölle etc.

⁸⁷⁷ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 608.

⁸⁷⁸ Dolezel-Huber/Greinecker, ecoloex 2002, 604.

Gesetzliche Haftungen des Erwerbers bestehen im Bereich des Steuerrechts und des Sozialversicherungsrechts. Es ist zwischen *asset deal* und *share deal* zu unterscheiden, da das Abgaben- bzw Steuersubjekt in den beiden Fällen unterschiedlich ist.

a) Asset Deal

Beim *asset deal* ist zu beachten, dass der erworbene Vermögensgegenstand hinsichtlich der Ertragsteuern **kein Steuersubjekt** darstellt⁸⁷⁹.

Gem **§ 14 Abs 1 BAO** haftet der **Erwerber** eines Unternehmens grundsätzlich für **Abgaben, bei denen sich die Abgabepflicht auf den Betrieb des Unternehmens gründet**. Darunter fallen zB die Umsatzsteuer, Verbrauchsteuern, Versicherungssteuer, Feuerschutzsteuer. Weiters haftet er für **Steuerabzugsbeträge**⁸⁸⁰, Lohnsteuer und Kapitalertragsteuer. Der maximale Haftungszeitraum beträgt zwei Jahre (Abgaben seit Beginn des letzten vor der Übereignung liegenden Kalenderjahres). Die Haftung besteht allerdings nur für Schulden, die der Erwerber im Zeitpunkt der Übereignung kannte oder kennen musste und ist betragsmäßig mit dem Wert der übernommenen Besitzposten ohne Abzug der übernommenen Schulden begrenzt. Die Haftungsbestimmung gilt überdies nicht bei einem Erwerb im Zuge eines Vollstreckungsverfahrens, aus einer Konkursmasse oder im Weg des Ausgleichsverfahrens.

Die Haftung nach **§ 67 Abs 4 ASVG** ist jener nach **§ 14 Abs 1 BAO** nachgebildet: Der Erwerber haftet für **Beiträge**, die sein Vorgänger zu zahlen gehabt hätte, für die Zeit von höchstens zwölf Monaten vom Tag des Erwerbes zurückgerechnet. Im Fall einer Anfrage beim Versicherungsträger haftet er jedoch nur mit dem Betrag, der ihm als Rückstand ausgewiesen worden ist. Für den Erwerber empfiehlt sich somit jedenfalls die Einholung eines **Rückstandsausweises**.

§ 15 BAO normiert eine Haftung des Erwerbers generell für **vorenthaltene Abgabenbeträge („Betriebssteuern“)**. Die Haftung ist zeitlich und betragsmäßig unbeschränkt, sie gilt jedoch nur für den Fall, dass der Erwerber erkennt, dass abzugebende Steuererklärungen entweder unrichtig oder unvollständig sind oder dass die Abgabe der Steuererklärung überhaupt pflichtwidrig unterlassen wurde.

b) Share Deal

Beim *share deal* bleibt die Kapitalgesellschaft als Rechtssubjekt und Schuldner der Abgabenbeträge unverändert. Eine Haftung des Erwerbers tritt daher nur in besonders normierten Fällen ein. Bspw besteht gem **§ 13 BAO** im Fall der Organschaft eine Haftung für Abgaben des Organträgers, die der Organgesellschaft zuzuordnen sind⁸⁸¹. **§ 15 Abs 2 BAO** normiert beim Wechsel in der Person des gesetzlichen Vertreters die persönliche Haftung des eintretenden Organmitglieds für jene Betriebssteuern, die trotz Kenntnis von der Unrichtigkeit, Unvollständigkeit oder Unterlassung von Abgabenerklärungen nicht angezeigt werden.

⁸⁷⁹ Anderes gilt hinsichtlich der Betriebssteuern, wie der Lohnsteuer und der Umsatzsteuer; s dazu *Flener* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 605.

⁸⁸⁰ ZB gem § 99 EStG.

⁸⁸¹ Dies betrifft im Wesentlichen die Umsatzsteuer.

Auch wenn beim *share deal* die gesetzliche Abgabenhaftung des Erwerbers eine geringere Rolle spielt, haben Steuerklauseln dennoch auch beim Anteilskauf zur Absicherung von Gewährleistungsansprüchen infolge der mit zusätzlichen Steuerschulden verbundenen **Wertminderung** eine erhebliche Bedeutung.

3.9.3 Typischer Regelungsinhalt einer Steuerklausel

Mit Hilfe der Steuerklausel sollte der Erwerber – wie oben ausgeführt – sowohl hinsichtlich seiner Gewährleistungsansprüche wegen Wertminderung des Unternehmens als auch hinsichtlich seines Rückgriffs auf den Veräußerer im Falle einer gesetzlichen Abgabenhaftung abgesichert werden.

Typischerweise wird der Erwerber von solchen **Abgaben, die die Zeit vor dem Übergangsstichtag betreffen, freigestellt**⁸⁸².

Steuerklauseln im Unternehmenskaufvertrag umfassen typischerweise⁸⁸³

- eine Definition des relevanten Abgabenbegriffes;
- eine entsprechende Zusicherung (Gewährleistungsklausel, Bilanzgarantie);
- bzw einen Gewährleistungsausschluss;
- eine entsprechende Regelung der Rechtsfolgen: insb Ansprüche, Fristen; sowie
- Mitwirkungsrechte des Veräußerers bei Betriebsprüfungen.

a) Definition des Abgabenbegriffs

Die Definition des Abgabenbegriffes ist von erheblicher Bedeutung, da hinsichtlich nicht definierter Abgaben das gesetzliche Gewährleistungsrecht zur Anwendung kommt, das sich aus steuerlicher Sicht – wie oben ausgeführt – in vieler Hinsicht als unzulänglich erweist, oder überhaupt der vertragliche Gewährleistungsausschluss für alle nicht ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften greift. Insb sollten auch **Nebenleistungen**, wie zB Anspruchszinsen gem § 205 BAO, erfasst werden.

Beispiel⁸⁸⁴:

„Zu den Abgaben im Sinne der Bestimmung zählen sämtliche in- und ausländische Steuern und Abgaben einschließlich Sozialabgaben und Sozialversicherungsbeiträge sowie gegebenenfalls festgesetzte Nebenleistungen wie Zinsen und sonstige Zuschläge“.

Sample Definition:

*“**“Taxes”** shall mean (i) all direct or indirect taxes (other than deferred taxes), withholdings and social security or other similar contributions imposed by any regional, national or other authority or body, and (ii) all related charges, interest, penalties, fines and additions imposed in connection with such taxes.”*

⁸⁸² Zu Haftungsfreistellungen und deren Unterscheidung von Gewährleistungen s bereits Punkt 3.3.7.

⁸⁸³ Dolezel-Huber/Greinecker, *ecolex* 2002, 606 f.

⁸⁸⁴ Dolezel-Huber/Greinecker, *ecolex* 2002, 606.

b) Verhältnis zur Bilanzgarantie

Steuerrisiken, die vor dem letzten Bilanzstichtag entstanden sind, sind im Jahresabschluss in der Form von **Steuerrückstellungen** zu berücksichtigen.

Eine Steuernachforderung, für die eine Rückstellung hätte gebildet werden müssen, mindert grundsätzlich das buchmäßige Eigenkapital. Aus diesem Grund kann das Risiko von Steuernachforderungen im Regelfall bereits durch eine **allgemeine Bilanzgarantie** abgefangen werden. Der Erwerber kann bereits aus der Bilanzgarantie Gewährleistungsansprüche geltend machen.

Enthält der Gewährleistungskatalog dennoch neben einer Bilanzgarantie zusätzlich eine spezielle Steuerklausel, so kann sich der Erwerber grundsätzlich auf beide Anspruchsgrundlagen berufen. In diesem Fall sollte der Vertrag jedoch eine Regelung enthalten, die das Verhältnis zwischen Bilanzgarantie und Steuerklausel klarstellt, und so eine „**doppelte Kaufpreiskorrektur**“ ausgeschlossen wird⁸⁸⁵.

Beispiel⁸⁸⁶:

„Die allgemeine Bilanzgarantie gilt nicht für Steuernachforderungen.“

c) Steuerklausel

Der typische Regelungsinhalt umfasst die Zusage, dass die Gesellschaft bis zum Übergangsstichtag alle Erklärungen und Meldungen zeitgerecht **erstellt** und **eingereicht** hat sowie dass sie alle Abgaben rechtzeitig **bezahlt** hat.

Darüber hinaus wird zugesagt, dass bis zum Übergangsstichtag alle Abgaben, die den Perioden bis zum Übergangsstichtag zuzurechnen sind, entweder ordnungsgemäß entrichtet oder **rückgestellt** sind.

In diesem Zusammenhang ist darauf zu achten, dass die Steuerklausel hinsichtlich des Zeitraums keine Lücken aufweist (**kein „garantiefreier Zeitraum“**)⁸⁸⁷, insb wenn die Zusicherungen auf den letzten Jahresabschluss abstellen, der Übergangsstichtag aber in das folgende Geschäftsjahr fällt.

Beispiel Gewährleistungszusage⁸⁸⁸:

*„Die Gesellschaft hat bis zum Übergangsstichtag alle Erklärungen und Meldungen zeitgerecht **erstellt** und **eingereicht** sowie alle Abgaben rechtzeitig **bezahlt**. Bis zu diesem Zeitpunkt sind alle Abgaben, die den Perioden bis zum Übergangsstichtag zuzurechnen sind, ordnungsgemäß entrichtet oder rückgestellt.“*

Sample Clause: Schad- und Klagloshaltung; **Indemnification**

⁸⁸⁵ Siehe dazu bereits Punkt 3.3.11.

⁸⁸⁶ Dolezel-Huber/Greinecker, ecolex 2002, 606.

⁸⁸⁷ Dolezel-Huber/Greinecker, ecolex 2002, 606.

⁸⁸⁸ Dolezel-Huber/Greinecker, ecolex 2002, 606.

*“The Seller shall **indemnify and hold** the Purchaser **harmless** or, at the election of the Purchaser, the Company and its Subsidiaries, from and against any **liability for Taxes** (as defined hereinafter) arising in relation to any event, act or omission occurring on or before the Closing Date or in relation to any income, profits or gains earned, accrued or received in any **period ending on or before the Closing Date.**”*

Beispiel Gewährleistungsausschluss⁸⁸⁹:

*„Der Veräußerer übernimmt keine Haftung für Ansprüche im Zusammenhang mit der Verletzung irgendeiner Gewährleistung für Abgaben, soweit ein Mangel aus den im Rahmen der **Tax Due Diligence** offengelegten Unterlagen oder aus schriftlichen Auskünften der Geschäftsführung **erkennbar** war oder soweit sich aus den im Rahmen der Tax Due Diligence offengelegten Urkunden oder aus schriftlichen Auskünften der Geschäftsführung ergibt, dass ein Mangel dem Käufer bekannt war oder bei sorgfältiger Prüfung hätte bekannt sein müssen⁸⁹⁰.“*

d) Rechtsfolgen

Auch wenn die vertragliche Ausgestaltung der Rechtsfolgen Abschnitt 4 vorbehalten ist, soll aus systematischen Gründen hier kurz auf die Besonderheiten iZm der Steuerklausel eingegangen werden. Besonderer Regelungsbedarf besteht für den Fall, dass es zu einem späteren Zeitpunkt zu einer abgabenbehördlichen Prüfung und zu einer Steuernachforderung kommt.

Im Regelfall wünschen die Parteien im Fall des Verstoßes gegen eine Steuerklausel eine entsprechende **Kaufpreisanpassung**.

Im Hinblick auf das Steuerrecht sind diesbezüglich einige Besonderheiten zu beachten:

- **Umkehreffekte**⁸⁹¹: Zumeist ist gewünscht, dass bloße zeitliche Verschiebungen in der Höhe der steuerlichen Bemessungsgrundlage nur hinsichtlich ihres **Zinseffekts** berücksichtigt werden sollen. Dies bedeutet, dass es nur in Fällen sog. „**permanenter Differenzen**“⁸⁹² zu einer effektiven Kaufpreisanpassung kommt und bei Umkehreffekten⁸⁹³ nur die zeitliche Komponente in der Form von Zinsen veranschlagt wird.
- Jedenfalls sollten **Anspruchszinsen** iSd § 205 BAO abgegolten werden.
- Bei Unternehmen mit hohen **Verlustvorträgen** sollte geregelt werden, inwieweit die bloße Reduktion von Verlustvorträgen abgegolten werden soll. Hierbei ist ausschlaggebend, dass der Wert der Verlustvorträge für den Erwerber durch die Höhe

⁸⁸⁹ Dolezel-Huber/Greinecker, ecolex 2002, 606.

⁸⁹⁰ Strenger als nach der gesetzlichen Regelung werden in dieser Klausel auch bloß leicht fahrlässig übersehene Mängel von der Gewährleistung ausgeschlossen.

⁸⁹¹ Dolezel-Huber/Greinecker, ecolex 2002, 606.

⁸⁹² ZB die fehlende Abzugsfähigkeit einer Betriebsausgabe.

⁸⁹³ ZB steuerrechtlich zwingende Verteilung eines handelsrechtlichen Aufwands über mehrere Jahre; steuerliche Aberkennung einer handelsrechtlichen Rückstellung.

der (potentiellen) zukünftigen Steuerersparnis bei Verrechnung mit zukünftigen Einkünften repräsentiert wird.

- Zuletzt sind auch allfällige **Steuereffekte der Entschädigungszahlung** zu bedenken. Im Fall einer klassischen Kaufpreisreduktion kommt es zu einer Anschaffungskostenminderung, die steuerneutral ist. Bei sonstigen ertragsteuerwirksamen Entschädigungszahlungen ist eine entsprechende Abgeltung vorzusehen (Vorteilsausgleich).

Hinsichtlich des **Zeitpunkts**, zu dem ein Gewährleistungsfall eingetreten gilt, wird meist auf den Zeitpunkt abgestellt, zu dem **kein ordentliches oder außerordentliches Rechtsmittel** gegen den Abgabenbescheid mehr zulässig ist. Um Zinsnachteile zu vermeiden, sollte der Zeitpunkt mit der Fälligkeit der Steuernachzahlung übereinstimmen (Rechtskraft des Bescheides, sofern im Rechtsmittelverfahren Anträge auf Aussetzung der Einhebung gestellt werden).

e) Gewährleistungsfrist

Im Bereich des Steuerrechts ist unbedingt eine eigene Gewährleistungsfrist vorzusehen⁸⁹⁴. Die generelle Gewährleistungsfrist von 2 Jahren ab dem Übergangsstichtag ist im Hinblick auf die Verjährungsfrist für die Festsetzung von Abgaben im Ausmaß von idR 5 Jahren⁸⁹⁵ unzureichend. Fehlt eine **Abstimmung mit der steuerlichen Verjährungsfrist**, geht die beste Steuerklausel ins Leere! Zu beachten ist auch, dass die Verjährungsfrist durch Veranlagungsbescheide unterbrochen wird und mit Ablauf des Jahres, in dem die Unterbrechung eingetreten ist, neu zu laufen beginnt. Zweckmäßig ist für steuerliche Zwecke daher eine Frist von **6-7 Jahren**. Aus Sicht des Erwerbers günstiger ist jedoch eine **variable Frist**, die an den **rechtskräftigen Abschluss des betreffenden Verfahrens** anknüpft, zB *„jeweils 30 Tage nach dem rechtskräftigen Abschluss eines jeden Verfahrens, aufgrund dessen die Gesellschaft zur Zahlung von Abgabenverbindlichkeiten herangezogen werden kann“*.

oder

„jeweils 30 Tage nach der rechtskräftigen Feststellung des Bestehens einer Abgabenschuld“.

Möglich ist auch die Kombination einer variablen Frist mit einer fixen Maximalfrist.

In diesem Kontext ist auch darauf zu achten, wie hoch die **Beteiligung** ist, die veräußert wird, und ob daher der Verkäufer oder der Erwerber Einfluss auf den Verlauf des Abgabenverfahrens haben wird: Erwirbt der Käufer die Mehrheit der Anteile und kann er über ein Weisungsrecht (gegenüber der Geschäftsführung) Einfluss darauf nehmen, ob ein **Rechtsmittel** erhoben wird oder nicht, so liegt es in seiner Macht, durch Verstreichenlassen der Rechtsmittelfrist einen Gewährleistungsfall auszulösen, wenn die Klausel bloß auf die Unanfechtbarkeit des Bescheides abstellt. Es sollte daher in einem solchen Fall auf den *„rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens nach Erhebung von ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln, es sei denn diese wären von vornherein aussichtslos“*,

⁸⁹⁴ Dolezel-Huber/Greinecker, ecoloex 2002, 606.

⁸⁹⁵ § 207 Abs 2 BAO.

Bezug genommen werden. Wird lediglich eine Minderheitsbeteiligung übertragen, ist eine solche Regelung nicht erforderlich.

Beispiel:

*„Ansprüche aus nachträglich hervorkommenden Verbindlichkeiten für Steuern und soziale und öffentliche Abgaben sowie Umlagen für Zeiträume bis zum Closing verjähren erst, wenn und sobald alle Steuern, Gebühren, soziale und öffentliche Abgaben sowie Umlagen für den Zeitraum bis zum Closing **rechtskräftig festgesetzt** sind, für diesen Zeitraum eine Betriebsprüfung und eine entsprechende Prüfung stattgefunden hat und nach Eintritt der Unanfechtbarkeit des Bescheides (durch ordentliche und außerordentliche Rechtsmittel), mit dem die nachträglich hervorgekommene Verbindlichkeit festgestellt wurde, drei Monate vergangen sind.*

*Die schriftliche **Anzeige** eines anspruchsbegründenden Umstandes vor Ablauf der jeweiligen Frist durch den Käufer an die Verkäufer (zur Fristwahrung ist der Tag der Postaufgabe maßgeblich) **hemmt** für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem notifizierten anspruchsbegründenden Umstand bis drei Monate nach Absendung der Anzeige den Ablauf der relativen und absoluten Ausschlussfrist.“*

Sample Clause: *Statute of Limitation*

“All claims under this Section shall become time-barred six months after the relevant Tax assessment has become final.”

f) Informations- und Mitwirkungsrechte des Veräußerers

In abgabenbehördlichen Verfahren hat der Veräußerer ein erhebliches Interesse an seiner **Einbeziehung**, da es vom Verfahrensausgang abhängig ist, ob ein **Gewährleistungsfall** eintritt oder nicht. Je nachdem wie die Steuerklausel ausgestaltet ist, könnte der Erwerber das Abgabenverfahren nur nachlässig betreiben und sich darauf verlassen, vom Veräußerer ohnedies entschädigt zu werden.

Das Interesse des Veräußerers, auf das Verfahren Einfluss nehmen zu können, kann verschieden ausgestaltet werden:

- bloße **Informationsverpflichtung** über die Einleitung des Abgabenverfahrens;
- Übermittlung bzw. Einsicht in **Unterlagen** der Betriebsprüfung und Berichte;
- Erteilung einer Vollmacht für das Verfahren bzw. für die Ergreifung eines **Rechtsmittels** im Namen der Gesellschaft (auf seine Kosten).

Als Sanktion für die Verletzung dieser Mitwirkungsrechte kann der Verlust der Gewährleistungsansprüche vorgesehen werden⁸⁹⁶.

⁸⁹⁶ Als Form einer Schadensminderungsobliegenheit.

4 Vertragliche Ausgestaltung der Rechtsfolgen / Gewährleistungsbefehle

4.1 Gewährleistungsausschluss hinsichtlich bestimmter Gewährleistungsbefehle / Verhältnis zu anderen Anspruchsgrundlagen

Im Unterschied zu einer Beschränkung der Gewährleistung auf Tatbestandsebene über eine vertragliche Vereinbarung der zugesicherten Eigenschaften, die die Definition des Geschuldeten bezweckt, werden bei einer **Beschränkung der gesetzlichen Gewährleistungsbefehle** – unter der Voraussetzung, dass ein gewährleistungsrechtlich relevanter Mangel vorliegt⁸⁹⁷ – auf Ebene der **Rechtsfolgen** die gesetzlichen Ansprüche auf Verbesserung, Preisminderung und/oder Wandlung modifiziert bzw ausgeschlossen.

Zu beachten ist, dass bei Verträgen, die nur einen Gewährleistungskatalog enthalten, ohne hingegen die Rechtsfolgen zu regeln, die gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung gelangen⁸⁹⁸.

Auch bezüglich der Gewährleistungsbefehle sind die gesetzlichen Bestimmungen **dispositiv**. Grundsätzlich ist es daher unproblematisch, im Rahmen einer vertraglichen Regelung auf einzelne Gewährleistungsbefehle zu verzichten.

Der **Ausschluss von Ansprüchen auf Wandlung und Preisminderung** und somit die **Einschränkung der Gewährleistung auf Verbesserung** wurde in der Lit und Jud zum alten Gewährleistungsrecht vor der Novelle 2002⁸⁹⁹ für zulässig angesehen, nicht jedoch für den Fall der verweigerten, misslungenen, verspäteten oder unmöglichen Verbesserung⁹⁰⁰. Diese Auffassung entspricht – auch ohne besondere Vereinbarung – generell dem neuen geltenden Gewährleistungsrecht, da nunmehr der Verbesserungsanspruch ohnehin der primäre Gewährleistungsbefehl ist und Wandlung bzw Preisminderung nur unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich gerade in Fällen der verweigerten, misslungenen, verspäteten, unmöglichen oder sonst unzumutbaren Verbesserung, zum Zug kommen. In der Praxis ist jedoch der umgekehrte Fall häufiger: Meist wird die Möglichkeit der **Verbesserung ebenso wie die Wandlung zugunsten der Preisminderung eingeschränkt**⁹⁰¹ (s dazu sogleich Punkt 4.4.1. bis Punkt 4.4.3).

Wird auf Gewährleistungsansprüche generell verzichtet, so umfasst ein derartiger Verzicht im Zweifel nicht den Ersatz des durch den Mangel ausgelösten Schadens⁹⁰². **Schadenersatzansprüche** bleiben demnach grundsätzlich bestehen (s dazu unter

⁸⁹⁷ Und somit der Tatbestand erfüllt ist.

⁸⁹⁸ Siehe ausführlich Punkt 2.

⁸⁹⁹ Das neue Gewährleistungsrecht gilt seit 1.1.2002 und steht in direktem Zusammenhang mit der RL EG 1999/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf.

⁹⁰⁰ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 929 Rz 6.

⁹⁰¹ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 35.

⁹⁰² Reischauer in Rummel, ABGB³ § 929 Rz 2; OGH RdW 1996, 307.

Punkt 4.10.1). Dasselbe gilt für die Anfechtung und Vertragsanpassung infolge **Irrtums** (s dazu Punkt 4.11.1).

Haben sich die Parteien auf einen umfassenden Haftungsausschluss des Verkäufers verständigt, so hat dieser daher darauf zu achten, dass im Vertrag neben Gewährleistungsansprüchen auch Schadenersatzansprüche sowie die Irrtumsanfechtung beschränkt bzw ausgeschlossen werden. Dieser Zusammenhang wird in der Praxis häufig nicht ausreichend beachtet.

4.2 Rechtsnatur und Umfang der Ansprüche

4.2.1 Hybrides Mischsystem

Werden die Rechtsfolgen vertraglich in einem autonomen System geregelt, so entstehen oft im Vergleich zu den gesetzlichen Konzepten der Gewährleistung und des Schadenersatzes **hybride Mischsysteme**, die Elemente beider Rechtsinstitute enthalten bzw diese beliebig kombinieren und modifizieren. Dies betrifft nicht nur den Umfang des Anspruchs sondern auch dessen Geltendmachung, insb Verjährung und Verfahrensregeln.

In dieser Flexibilität liegt zweifellos ein großer Vorteil, den die Dispositivität des Gesetzes bietet. Umgekehrt ist darin auch eine besondere Herausforderung zu sehen, vertraglich ein in sich konsistentes System zu schaffen, das im Anlassfall auch brauchbar ist, den Interessen der Parteien an einer unkomplizierten und raschen Abwicklung dient und tatsächlich funktioniert. Dies ist die Verantwortung des Beraters.

Die Gestaltbarkeit der Ansprüche ist zu einem Großteil auch unabhängig von der Bezeichnung der Eigenschaftszusagen als Gewährleistungen oder Garantien im vorangehenden Katalog zu sehen. Es besteht vielmehr die Möglichkeit, auch hier sowohl hinsichtlich der **Anspruchsvoraussetzungen**, insb der Verschuldensabhängigkeit oder –unabhängigkeit, als auch hinsichtlich des **Umfanges des Anspruchs** ein Mischsystem zu schaffen. Es ist dabei nicht erforderlich, sich auf die Rechtsnatur des Anspruchs als Gewährleistungs-, Garantie- oder Schadenersatzanspruch festzulegen. Allerdings ist bei einem Hybridsystem hinsichtlich der Terminologie erhöhte Vorsicht geboten, um nicht Rechtsbegriffe, wie zB „Schaden“ oder „Mangel“ zu verwenden, die letztlich nicht in das errichtete System passen und Unklarheit und Rechtsunsicherheit zur Folge haben können. Ein möglicher Ausweg aus der Problematik ist die Schaffung eigener **Definitionen**.

4.2.2 Rechnungslegungsrechtliche und steuerrechtliche Konsequenzen

Bei der Vertragsgestaltung zu beachten ist, dass die Ausgestaltung des Anspruchs steuerrechtliche Konsequenzen haben kann. So ist eine **Kaufpreisminderung** bspw auf Seiten des Erwerbers als Reduktion der steuerlichen Anschaffungskosten steuerneutral, während eine **Schadenersatzzahlung** einen Ertrag darstellt und somit steuerwirksam ist⁹⁰³.

Aus Sicht des Erwerbers sollten daher Zahlungen des Veräußerers an den Erwerber im Verhältnis zwischen den beiden Parteien als Kaufpreisminderung und für den Fall, dass eine Leistung direkt an die Gesellschaft erbracht wird, im Verhältnis zwischen Erwerber und Gesellschaft als Einlage ausgestaltet werden.

⁹⁰³ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 612.

Sample Clause:

*“Payments to be made by the Seller pursuant to Clause [●] shall constitute in the relationship between the Seller and the Purchaser a **reduction of the Purchase Price** and, to the extent they are made directly to the Company or a Subsidiary, in the relationship between the Purchaser and the Company a **capital contribution** on behalf of the Purchaser.”*

4.2.3 Verschulden?

Aus Sicht des Käufers vorteilhaft ist selbstverständlich die **Verschuldensunabhängigkeit** seiner Ansprüche. Das Kriterium der Verschuldensunabhängigkeit ist allerdings stets in Relation zum **Umfang des Anspruches** zu sehen. Denn wie bereits aus der Gegenüberstellung in Punkt 2.6 klar wurde, ist von Gesetzes wegen der Gewährleistungsanspruch verschuldensunabhängig, dieser bezieht sich allerdings ausschließlich auf den Mangel selbst, bzw in schadenersatzrechtlicher Terminologie auf den Mangelschaden. Mangelfolgeschäden bzw das Erfüllungsinteresse sind aus schadenersatzrechtlicher Sicht hingegen verschuldensabhängig, wobei betreffend den entgangenen Gewinn eine zusätzliche Abstufung des Verschuldens zu beachten ist. Am anderen Ende des Spektrums steht der Anspruch aus der echten Garantie gem § 880a zweiter Halbsatz ABGB, bei dem verschuldensunabhängig volle Genugtuung zu leisten, dh stets neben dem positiven Schaden auch der entgangene Gewinn zu ersetzen ist.

Eine echte Garantie ist demnach zwar für den Käufer die vorteilhafteste Variante, jedoch aus praktischer Sicht kaum in Vertragsverhandlungen durchsetzbar. Es besteht allerdings die Möglichkeit, bei grundsätzlicher Verschuldensunabhängigkeit des Anspruchs über die Definition des Umfanges **gewisse Effekte einer Garantie** zu erzielen, selbst wenn die Zusicherungen als Gewährleistungen bezeichnet sind⁹⁰⁴.

Eine verhandelbare Alternative besteht auch darin, bei grundsätzlicher Verschuldensunabhängigkeit **bestimmte Zusicherungen an ein subjektives Merkmal** zu knüpfen, um in besonders heiklen Bereichen die Haftung des Veräußerers etwas zu begrenzen. Ist dieses Merkmal die subjektive Kenntnis oder fahrlässige⁹⁰⁵ Unkenntnis, handelt es sich um so genannte *best knowledge*-Klauseln⁹⁰⁶.

4.2.4 Umfang des Anspruchs

Hinsichtlich des Umfanges des Anspruchs bestehen, wie bereits angesprochen, umfassende Gestaltungsmöglichkeiten. Der Mindestanspruch bezieht sich auf die Beseitigung bzw Wiedergutmachung des Mangels selbst. Am anderen Ende der Bandbreite steht die volle Genugtuung (einschließlich des entgangenen Gewinns) zuzüglich des Ersatzes allfälliger immaterieller Schäden.

Für den Käufer vorteilhaft und idR auch in Verhandlungen durchsetzbar ist ein verschuldensunabhängiger Anspruch, durch den der Käufer **so zu stellen ist, als wäre die Zusicherung richtig und vollständig gewesen**. Eine solche Formulierung umfasst das

⁹⁰⁴ Siehe dazu bereits Punkt 3.3.9.

⁹⁰⁵ Grob oder leicht fahrlässige.

⁹⁰⁶ Siehe dazu bereits unter Punkt 3.3.4.

Erfüllungsinteresse. Bei Verschuldensunabhängigkeit ist der Käufer mit diesem Anspruch bereits erheblich besser gestellt als nach dem Gesetz bei Gewährleistung (die keine Mangelfolgeschäden erfasst) und Schadenersatz (der verschuldensabhängig ist). Klarstellend empfiehlt sich eine zusätzliche Regelung darüber, ob auch der **entgangene Gewinn** verschuldensunabhängig erfasst sein soll oder nicht. Kann dies gegenüber dem Veräußerer durchgesetzt werden, so wurde über die Rechtsfolgenregelung ein Effekt einer echten Garantie erzielt⁹⁰⁷. Dies auch dann, wenn die Eigenschaftszusagen im Klauselkatalog als Gewährleistungen bezeichnet wurden! Doch selbst wenn der entgangene Gewinn ausgeklammert bleibt, enthält ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf das Erfüllungsinteresse bereits Elemente einer Garantie. Diese Zusammenhänge sollten sich Berater auf Käufer- wie auf Verkäuferseite stets vor Augen halten.

Der Ersatz **immaterieller Schäden** ist bei Vertragsverhandlungen oftmals ebenso schwer durchzusetzen wie eine abstrakte Garantie. In manchen Bereichen sollte jedoch im Interesse des Käufers überlegt werden, ob nicht zumindest punktuell ein ideeller Schadenersatz sachgerecht wäre. Konkret geht es hierbei um die Frage einer allfälligen Schädigung des guten Rufes in besonders sensiblen Bereichen, wie zB der Umwelt- oder Produkthaftung, dem Immaterialgüter- oder dem Wettbewerbsrecht sowie generell um potentiell außenwirksame Ansprüche Dritter.

Sample Clause:

*“If any of the statements pursuant to Clause [●] turns out to be untrue, inaccurate, incomplete or misleading (hereinafter referred to as a “**Breach**”), the Seller shall, **irrespective of any negligent or intentional acts** (verschuldensunabhängig), put the Purchaser in **such position as the Purchaser would have been** had the statement been true, accurate, complete and not misleading in every [material] respect.*

*The Warranty Claim of the Purchaser shall **include** the compensation of any damage, liability and reasonable costs and expenses, including, without limitation, frustrated expenses, including but not limited to attorneys’ and consultants’ fees and expenses, indirect or consequential losses or damages, loss of profit or revenues and any loss of goodwill or reputational damage.”*

Alternative Sample Clause:

*“The Seller shall **indemnify and hold** the Purchaser or, at the Purchaser’s discretion, the Company or the Subsidiary, **harmless** from and against any **Loss** incurred, directly or indirectly, by the Purchaser, the Company or a Subsidiary as a result of*

*(a) any **breach of a representation** or warranty [or guarantee] made by the Seller under this Agreement, **irrespective of any negligence**, or*

*(b) any violation of any covenant or **obligation** of the Seller under or in connection with this Agreement, due to negligent or intentional acts of the Seller.*

*For the purpose of this Agreement, **Loss means** any damage, liability, loss, penalty, expense whatsoever, suffered or incurred, including, without limitation, frustrated expenses, **including***

⁹⁰⁷ Ein wesentlicher Unterschied ist dann immer noch darin zu sehen, ob bekannte bzw augenfällige Mängel den Anspruch ausschließen.

but not limited to [reasonable] attorneys' and consultants' fees and expenses, indirect, punitive or consequential losses or damages, loss of profit or revenues or value reductions due to loss of earnings (e.g. reductions of dividend payments), and any loss of goodwill or reputational damage.

*If and to the extent that the Purchaser claims payment of the amount of the Loss, any indemnification to be received by the Purchaser hereunder **can be treated as a reduction of the Purchase Price** and shall be settled primarily by way of a deduction and/or set-off against any unpaid part of the Purchase Price. To the extent any Loss cannot be satisfied out of such an instalment, the Seller shall promptly reimburse the Purchaser in cash."*

Für eine Klarstellung, welche Ansprüche nicht erfasst sein sollen:

"... shall in no event qualify under this definition."

Eine engere Definition für **Loss**:

*"For the purpose of this Agreement, **Loss means** any any actual loss, damage, liability, cost or expense, including relevant attorney fees but excluding*

(i) any loss of profit and

(ii) any consequential or indirect losses or damages."

Beispiel⁹⁰⁸:

*„Im Fall der Verletzung einer in diesem Vertrag abgegebenen Gewährleistung (**„Mangel“**) hat der Verkäufer dem Käufer [...] unabhängig von einem Verschulden **Naturalrestitution** zu leisten. Stellt der Verkäufer diese Naturalrestitution nicht binnen einer Frist von maximal [●] her oder ist die Naturalrestitution unmöglich oder untunlich, so kann der Käufer nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Vertrages **ausschließlich eine Preisminderung** geltend machen. Im Fall einer Preisminderung hat der Verkäufer dem Käufer jenen Betrag zurückzuerstatten, der notwendig ist, um den Käufer nach Maßgabe der in diesem Vertrag vorgesehenen Haftungsbeschränkungen bezüglich jeglichen **Schadens**, der durch den Mangel oder als Folge des Mangels entstanden ist, **schad- und klaglos** zu halten.“*

4.3 Grundsätzliche Regelungstechnik

Eine **vertragliche Regelung der gesetzlichen Gewährleistungsbefehle**, die einen möglichst raschen, einfachen und primär monetären Ausgleich zum Ziel hat, sollte typischerweise folgende **Eckpunkte** vorsehen:

- In einem ersten Schritt ist zu regeln, dass die Verletzung einer oder mehrerer Eigenschaftszusagen, unabhängig von einem Verschulden des Veräußerers, einen Mangel bzw eine Vertragsverletzung darstellt und den Erwerber zu den im Folgenden geregelten Ansprüchen berechtigt.
- Ob eine **Verbesserung** unter den gegebenen Umständen sinnvoll erscheint, ist im Einzelfall zu prüfen. Häufig steht dem Verkäufer hierfür eine relativ knapp bemessene Frist zur Verfügung. Andernfalls wird die Verbesserung durch den Verkäufer generell ausgeschlossen.

⁹⁰⁸ Vgl Kletter in Hausmaninger/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch I, 112.

- Für den Fall, dass die Verbesserung ausgeschlossen oder gescheitert ist, wird ein **unmittelbarer monetärer Ausgleich** in Form des Geldersatzes vorgesehen.
- Eine Regelung über die **Berechnung** des Ausgleichsanspruchs ist zielführend.
- Weiters erfolgt ein Ausschluss der **Rückabwicklung** (mit gewissen Ausnahmen).
- Zuletzt wird vereinbart, dass die Regelung der Rechtsbehelfe **abschließend** ist und weitergehende gesetzliche Ansprüche, insb Schadenersatzansprüche sowie die Irrtumsanfechtung, ausgeschlossen werden.
- Darüber hinaus werden im Interesse des Verkäufers weitere **Haftungsbeschränkungen** (insb betragliche und zeitliche) vereinbart.

4.4 Ausgestaltung der Gewährleistungsbehelfe

4.4.1 Verbesserung, Naturalrestitution?

Da das gesetzliche Rechtsfolgensystem, wie unter Punkt 2.1 ausführlich dargestellt, den wirtschaftlichen Erfordernissen beim Unternehmenskauf nur unzureichend Rechnung trägt, wird bei Verletzung von Gewährleistungszusagen regelmäßig ein autonomes Rechtsfolgensystem etabliert. Hierbei ist auf die **individuelle Interessenlage** der Parteien Bedacht zu nehmen und in einem ersten Schritt zu überlegen, inwieweit das gesetzlich vorgesehene Primat der Verbesserung als Gewährleistungsbehelf bzw der Naturalrestitution im Schadenersatz im konkreten Fall sinnvoll ist.

a) Wann ist Verbesserung / Naturalrestitution überhaupt sinnvoll?

Grundsätzlich kommt beim Unternehmenskauf Mängelbeseitigung in Form der Reparatur oder Nachlieferung eines bestimmten Gegenstands, der Ablösung von Verbindlichkeiten, Einräumung gewisser gewerblicher Schutzrechte oder Leistung von Nachschüssen in Betracht⁹⁰⁹.

Dem Verkäufer sollte dann die Möglichkeit, eine Verbesserung des Mangels in natura vorzunehmen, eingeräumt werden, wenn diese Verbesserung angesichts der **Struktur der Transaktion** realistisch erscheint. Dies ist bei Unternehmensmängeln insb dann nicht der Fall, wenn der Veräußerer nach Abschluss der Transaktion keinerlei Einfluss mehr auf das Unternehmen hat oder haben soll. Insb ist denkbar, dass der Erwerber dem Veräußerer nachträglich nicht die Möglichkeit bieten möchte, in Betriebsinterna und **Geschäftsgeheimnisse** Einblick zu gewinnen⁹¹⁰.

Gleich gelagert ist bei einem **Anteilskauf** der Erwerb einer hundertprozentigen Beteiligung. Beim Erwerb einer Minderheitsbeteiligung kann der Rechtsbehelf der Verbesserung auch ins Leere gehen, wenn der Verkäufer weder vor noch nach der Transaktion maßgeblichen

⁹⁰⁹ Siehe *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 650.

⁹¹⁰ Hier kann bereits im Rahmen des gesetzlichen Gewährleistungsrecht argumentiert werden, dass die Verbesserung gem § 932 Abs 4 ABGB ausgeschlossen ist, da sie für den Käufer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden ist; s dazu *I. Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 32.

Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben kann, sodass die Durchführung einer Verbesserung nicht realistisch erscheint.

Erwirbt der Käufer hingegen nur eine **Minderheitsbeteiligung** und bleibt der Veräußerer mit einer Mehrheitsbeteiligung Gesellschafter, wie es bei Equity Joint Venture-Konstruktionen häufig vorkommt, so ist mit der Verbesserung des Mangels in der Gesellschaft beiden Seiten am besten gedient. Verbesserung entspricht hierbei insb den Interessen des Käufers, der ja im Regelfall bei einer Minderheitsbeteiligung gar keine Möglichkeit hat, die Verbesserung selbst vorzunehmen oder zu bewirken.

Häufig sind bei gewissen Gewährleistungsklauseln typische Fälle denkbar, in denen eine Behebung des Mangels nur unter **Mitwirkung des Veräußerers** möglich ist⁹¹¹. Dies betrifft bspw den Bereich von Rechten geistigen Eigentums, wie insb die Beschaffung fehlender Lizenzen oder die Sanierung mangelhafter Patente⁹¹². Dann sollte für speziell diese Fälle die Verbesserung nicht ausgeschlossen werden. Dasselbe gilt dann, wenn nur der Veräußerer über das erforderliche **Spezialwissen** verfügt, um den Mangel zu beheben⁹¹³.

Ein genereller und vollständiger Ausschluss der Verbesserung zugunsten der Preisminderung ist daher für den Erwerber nicht immer vorteilhaft. Bei der Vertragsverfassung sollte jede einzelne Klausel des Gewährleistungskataloges auf die Sinnhaftigkeit der vorgesehenen Rechtsfolgen geprüft und bei Bedarf im Einzelfall Tatbestand und Rechtsfolgen aufeinander abgestimmt werden. Es ist durchaus denkbar, dass für bestimmte Gewährleistungsfälle unterschiedliche Rechtsfolgen zielführend sind⁹¹⁴.

Bei manchen Mängeln kann es sinnvoll sein, dem Erwerber die Möglichkeit zu geben, die **Verbesserung sofort auf Kosten des Veräußerers** vornehmen zu lassen. Der Veräußerer verliert damit sein Recht auf eine „zweite Chance“ und ist zum Ersatz der (angemessenen) Mangelbehebungskosten verpflichtet. Ist eine solche Vorgehensweise gewünscht, muss sie explizit vereinbart werden, da aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen diese Möglichkeit sonst nicht besteht⁹¹⁵.

Kommt Verbesserung prinzipiell in Frage, ist ein klarer Mechanismus vorzusehen, um Unklarheiten hinsichtlich des Beginns und des Laufes der **Verbesserungsfrist** zu vermeiden. Weiters sind die Rechtsfolgen der Versäumnis der Verbesserung innerhalb der Frist zu regeln. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass die Verbesserung im Sinne einer zweiten

⁹¹¹ Puck, Der Unternehmenskauf 82.

⁹¹² I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 37.

⁹¹³ So wäre dem Erwerber zB im Fall, dass der Verkäufer wichtige Geschäftsunterlagen beiseite geschafft hat (s nur OGH 6 Ob 564/90, ecolex 1991, 24), durch eine Preisminderung nicht geholfen, da eine solche weder bezifferbar ist noch einen angemessenen Ausgleich darstellt; s dazu I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 37.

⁹¹⁴ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 38.

⁹¹⁵ Es könnte sonst die vom Gesetz prinzipiell vorgesehene Möglichkeit einer „zweiten Chance“ unterlaufen werden. Siehe Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 650 mit Verweis auf Arnold, MDR 2005, 661 ff.

Chance für den Verkäufer effizient und zügig zu erfolgen hat. Siehe hierzu die Ausführungen zur vertraglichen Ausgestaltung der **Verfahrensregeln** unter Punkt 4.8.3.

b) Wie ist die Verbesserung / Naturalrestitution vorzunehmen?

Weiters ist zu bedenken, dass die Durchführung der Verbesserung nur auf jener Ebene sinnvoll ist, auf der der konkrete Mangel vorliegt, dh bei Unternehmensmängeln sollte dem Verkäufer die Möglichkeit gegeben werden, den Mangel unmittelbar im Betrieb bzw auf Ebene der betreffenden Beteiligungsgesellschaften zu beheben. Wird nämlich durch eine Eigenschaftszusage betreffend den Betrieb ein Unternehmensmangel vertraglich gleichzeitig zu einem Mangel des Anteils erklärt⁹¹⁶, so wird umgekehrt durch Beseitigung des Unternehmensmangels auch der Anteilsmangel aus der Welt geschafft, und der Käufer ist schadlos gestellt.

Darüber hinaus können dem Erwerber bestimmte Möglichkeiten der **Einflussnahme** auf die Art der Mängelbehebung eingeräumt werden. Dies kann in der Form von Mitwirkungs- und Weisungsrechten erfolgen. Andernfalls steht es dem Veräußerer weitgehend frei, wie er die Verbesserung durchführt⁹¹⁷.

c) Umfang des Anspruchs auf Verbesserung / Naturalrestitution

Beispiel⁹¹⁸:

*„Im Fall der Verletzung einer in diesem Vertrag abgegebenen Gewährleistung (**“Mangel”**) hat der Käufer den Verkäufer über den Mangel zu informieren und ihn aufzufordern, den Käufer so zu stellen, als bestünde der gewährleistete Sachverhalt bzw das gewährleistete Rechtsverhältnis (**Naturalrestitution**).“*

Sample Clause:

*“If any of the statements pursuant to Clause [●] turns out to be untrue, inaccurate, incomplete or misleading (hereinafter referred to as a **“Breach”**), the Seller shall, irrespective of any negligent or intentional acts, **put the Purchaser, the Company and/or the Subsidiaries** respectively **in such position** as the Purchaser, the Company and/or the Subsidiaries respectively would have been had the statement been true, accurate, complete and not misleading in every respect (**“Restitution in Kind”**).”*

4.4.2 Geldersatz

Ist Verbesserung bzw Naturalrestitution von vornherein nicht sinnvoll oder ist sie im konkreten Fall entweder unmöglich, unwirtschaftlich⁹¹⁹ oder für den Erwerber unzumutbar, wird sie nicht innerhalb der dafür vorgesehenen Frist durchgeführt oder endgültig verweigert, so ist der Veräußerer verpflichtet, **Geldersatz** zu leisten. Zu denken ist auch an die Möglichkeit, dass die Verbesserung **zum Teil** unmöglich oder unzumutbar ist oder aus anderen Gründen nur teilweise Erfolg hat.

⁹¹⁶ Siehe dazu Punkt 1.5.3.

⁹¹⁷ Siehe Punkt 2.2.3.

⁹¹⁸ Vgl Kletter in Hausmaninger/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch I, 112.

⁹¹⁹ Und somit für den Veräußerer unzumutbar.

Um eine klare und rasche Abwicklung zu gewährleisten, ist auf den Verfahrensablauf und die für die relevanten Handlungen und Erklärungen vorgesehenen **Fristen** besonderes Augenmerk zu legen.

Beispiel⁹²⁰:

*„Stellt der Verkäufer die Naturalrestitution nicht binnen einer Frist von [●] her oder ist die Naturalrestitution untunlich oder unmöglich, so kann der Käufer nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Vertrages ausschließlich eine **Preisminderung** geltend machen“⁹²¹.*

*Im Fall einer Preisminderung hat der Verkäufer dem Käufer jenen Betrag zurückzuerstatten, der notwendig ist, um den Käufer nach Maßgabe der in diesem Vertrag vorgesehenen Haftungsbeschränkungen bezüglich jeglichen **Schadens**, der durch den Mangel oder als Folge des Mangels entstanden ist, **schad- und klaglos** zu halten.“*

Sample Clause:

“If the Seller

*(i) notifies the Purchaser within 15 Business Days upon receipt of the Warranty Claim Notice that he is **not in a position** to or it is **unreasonable** for him to perform restitution in kind or*

*(ii) **fails to commence** providing restitution in kind pursuant to Clause [●] within 15 Business Days upon receipt of the Warranty Claim Notice or*

*(iii) thereafter **fails to provide** restitution in kind pursuant to Clause [●] within two months, such event shall constitute a “**Monetary Restitution Event**”.*

*A Monetary Restitution Event shall be deemed to have **partially** occurred if restitution in kind partially proves to be insufficient to put the Purchaser, the Company and/or the Subsidiary respectively in such position as he/it would have been had the Warranties been true, accurate, complete and not misleading in every respect.”*

In case of a Monetary Restitution Event, the Purchaser shall in its absolute discretion either

(a) claim payment of the amount of the Loss or

(b) be entitled to (re)establish the represented or warranted or guaranteed status at the expense of the Seller.”

Der Geldersatz entspricht dogmatisch entweder einer **Minderung des Kaufpreises** oder einer (verschuldensunabhängigen) **Schadenersatzzahlung**. Zu den rechnungslegungsrechtlichen und steuerlichen Konsequenzen s bereits unter Punkt 4.2.2. Da eine Reduktion der Anschaffungskosten steuerneutral erfolgt, wird der Geldersatz in der Praxis regelmäßig als Kaufpreisminderung normiert.

Sample Clause:

⁹²⁰ Vgl Kletter in Hausmaninger/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch I, 112.

⁹²¹ Die Wandlung ist ausgeschlossen; zu denken ist allerdings an gewisse Ausnahmen, in denen eine Wandlung sinnvoll ist; s dazu sogleich.

*“Payments to be made by the Seller pursuant to Clause [●] shall constitute in the relationship between the Seller and the Purchaser a **reduction of the Purchase Price** and, to the extent they are made directly to the Company or a Subsidiary, in the relationship between the Purchaser and the Company a capital contribution on behalf of the Purchaser.”*

Oder:

*“If and to the extent that the Purchaser claims payment of the amount of the Loss, any indemnification to be received by the Purchaser hereunder **can be treated as a reduction of the Purchase Price** and shall be settled primarily by way of a deduction and/or set-off against any unpaid part of the Purchase Price. To the extent any Loss cannot be satisfied out of such an instalment, the Seller shall promptly reimburse the Purchaser in cash.”*

Wie unter Punkt 2.1.3 erläutert, führt die Frage, wie der Geldersatz im konkreten Fall zu **berechnen** ist, häufig zu praktischen Schwierigkeiten und sollte daher vertraglich geregelt werden. Dies ist zwar konzeptionell sowie in der praktischen Anwendung mit einem zusätzlichen Aufwand verbunden, jedoch ab einem gewissen Transaktionsvolumen aufgrund der andernfalls bestehenden Rechtsunsicherheit dennoch zu empfehlen.

In Anlehnung an die gewährleistungsrechtliche relative Berechnungsmethode kann der Anspruch unter **Neuberechnung des tatsächlichen Unternehmenswertes** sowie unter Zugrundelegung derselben Berechnungsparameter und –methoden (zB Multiple oder *Discounted Cash Flow*-Methode) wie bei der ursprünglichen Kaufpreisberechnung erfolgen. Geldersatz ist dann in Höhe der errechneten **Differenz** zu leisten. Bei Anwendung einer *Discounted Cash Flow*-Methode wären jedoch zusätzlich Periodenverschiebungen samt damit verbundenen Zinseffekten sowie auch Steuereffekte einzubeziehen.

Die Anwendung insb der Multiple Methode kann freilich dazu führen, dass die Kosten der Verbesserung im Unternehmen selbst (Mangelbehebungskosten) wesentlich geringer ausfallen würden als der Kaufpreisminderungsanspruch. Dies kann zu einem Wertungswiderspruch führen, insb wenn dem Erwerber ein Wahlrecht zukommt, auf welcher Ebene der Mangel zu beseitigen ist.

Alternativ kann vereinbart werden, dass **Geldersatz** in Höhe jenes Betrages zu leisten ist, der **notwendig ist, um den vertragsgemäßen Zustand herzustellen**. Ein derartiger Anspruch stellt konzeptionell einen **Aufwandersatzanspruch** dar. Es sollte daher geregelt werden, welche Aufwendungen konkret vom Veräußerer zu ersetzen sind. Eine Differenzierung nach bestimmten Gewährleistungszusagen kann zweckmäßig sein⁹²². Ist ein Kaufpreisminderungsanspruch vereinbart, kann auch festgelegt werden, dass die (hypothetischen) Kosten der Mangelbehebung unmittelbar als Kaufpreisminderung geltend gemacht werden können. Ohne entsprechende Vereinbarung besteht diese Möglichkeit nämlich nicht⁹²³! Weiters ist daran zu denken, wie mit unbehebbar Mängeln umgegangen werden soll.

⁹²² Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 612.

⁹²³ Welser/Jud, Die neue Gewährleistung § 932 Rz 41.

Vereinfachend kann auch vereinbart werden, dass die Preisminderung im Wege eines prozentmäßigen Abschlags zu ermitteln ist⁹²⁴.

Jedenfalls sollten die Parteien jedoch die Parameter und Methode der Kaufpreisberechnung **offenlegen**. Denn andernfalls kann die Berechnung der Kaufpreisminderung die Parteien (und das Gericht) vor erhebliche Schwierigkeiten stellen. In letzter Konsequenz droht die Schätzung durch den Richter im Wege des § 273 Abs 1 ZPO⁹²⁵.

Ist der Ersatz des **Erfüllungsinteresses** vereinbart, ist der Erwerber also so zu stellen als wäre die bestimmte Eigenschaftszusage zutreffend gewesen, liegt darin dogmatisch ein Schadenersatzanspruch. Es sollte klargestellt werden, ob ein solcher Anspruch verschuldensabhängig oder –unabhängig sein soll. Eine derartige Klarstellung wird in der Praxis manchmal verabsäumt. Es besteht in einem solchen Fall erhebliche Unsicherheit, da – mangels besonderer Vereinbarung – ein Schadenersatzanspruch verschuldens**abhängig** ist und weitere Ansprüche (insb dann auch verschuldensunabhängige Gewährleistungsansprüche) im Zuge einer abschließenden Rechtsfolgenregelung regelmäßig ausgeschlossen werden. Dies könnte dazu führen, dass ein Gericht zu dem Ergebnis gelangt, dass überhaupt nur verschuldens**abhängige** Ansprüche bestehen. Der Erwerber wäre dann im Vergleich zu seinen gesetzlichen Ansprüchen erheblich schlechter gestellt. Eine diesbezügliche Klarstellung bzw Differenzierung ist daher mE unerlässlich.

Ist Verschuldens**unabhängigkeit** vereinbart, sollte weiters klargestellt werden, ob der Geldersatz auf das Erfüllungsinteresse verschuldensunabhängig auch den **entgangenen Gewinn** erfassen soll. Wie bereits mehrfach betont, würde ein verschuldensunabhängiger Ersatz auch des entgangenen Gewinns der gesetzlichen Haftung auf volle Genugtuung im Rahmen einer echten Garantie entsprechen. Geregelt werden sollte darüber hinaus, ob auch allfällige **immaterielle Schäden** ersetzt werden sollen.

Zu bedenken ist weiters, dass ein Kaufpreisminderungsanspruch auf die Höhe des Kaufpreises beschränkt ist, während ein schadenersatzrechtlicher Anspruch grundsätzlich auch höher sein könnte. Praktisch werden allerdings ohnehin meist **Haftungshöchstbeträge** vereinbart (s dazu sogleich unter Punkt 4.6).

Beim Anteilskauf hat sowohl eine Neuberechnung des Unternehmenswertes als auch eine Schadensberechnung anteilig, dh bezogen auf die erworbene **Beteiligungsquote**, zu erfolgen. Dies sollte im Vertrag klargestellt werden⁹²⁶. Dasselbe gilt auch für Mängel auf Ebene von Tochtergesellschaften.

Sample Clause **pro-rata principle**:

“If a Breach affects a Group Entity which is not directly or indirectly wholly-owned by the Seller, the Damages incurred by such Group Entity shall be taken into account only pro-rata to the direct or indirect equity interest of the Seller in such Group Entity.”

⁹²⁴ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 44.

⁹²⁵ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 45; s dazu bereits Punkt 2.1.3.

⁹²⁶ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 612.

4.4.3 Teilweiser Ausschluss der Rückabwicklung

Wie bereits unter Punkt 2.1.2 dargestellt, führt der gesetzliche Gewährleistungsbehelf der **Wandlung** und die damit verbundene gegenseitige Zurückstellung der bereits ausgetauschten Leistungen zu erheblichen **praktischen Schwierigkeiten**, da sich das Unternehmen bereits maßgeblich verändert hat bzw umstrukturiert wurde⁹²⁷.

Im Fall des *asset deal* sind Teile des Kaufgegenstandes unter Umständen gar nicht mehr vorhanden oder wurden bereits in das Unternehmen des Käufers integriert. Aber auch beim Anteilskauf hat sich der wirtschaftliche Gehalt der Anteile in der Zwischenzeit geändert.

Darüber hinaus trägt der Erwerber ab dem wirtschaftlichen Stichtag (idR ab *Closing*) das unternehmerische Risiko.

Dieselben Überlegungen gelten nicht nur für die gewährleistungsrechtliche Wandlung sondern für **jede Form der Rückabwicklung** des Unternehmenskaufvertrages, insb auch für die Rückabwicklung infolge **Irrtumsanfechtung** und **Schadenersatz** (sog schadenersatzrechtliche Wandlung).

Die Rückabwicklung ist daher eine für den Unternehmenskauf grundsätzlich ungeeignete Rechtsfolge und sollte vertraglich auf besonders schwerwiegende Fälle eingeschränkt werden⁹²⁸.

Beispiel⁹²⁹:

„[Scheitert die Naturalrestitution]⁹³⁰, so kann der Käufer nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Vertrages ausschließlich eine Preisminderung geltend machen. Die Wandlung dieses Vertrages ist ausgeschlossen.

Ebenso ist das Recht, diesen Vertrag wegen Irrtums, laesio enormis oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage anzufechten oder dies einredeweise geltend zu machen oder aus einem dieser Gründe Preisminderung oder Vertragsanpassung zu verlangen, ausgeschlossen.“

Sample Clause:

“Any rights to rescind this Agreement arising from or in connection with a breach of representation shall be excluded to the extent legally permissible.”

Auch wenn kein Zweifel darüber besteht, dass die Rückabwicklung ganz prinzipiell kein für den Unternehmenskauf geeigneter Rechtsbehelf ist, darf dennoch nicht übersehen werden, dass die Rückabwicklung in besonderen Fällen trotzdem gegenüber dem Festhalten am Vertrag das geringere Übel darstellt. In manchen Fällen kann es nämlich für den Erwerber **unzumutbar** sein, den Kaufvertrag aufrecht zu halten. An solche Fallkonstellationen ist im

⁹²⁷ Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 654.

⁹²⁸ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 613; Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 86; Parschalk/Wahl, wbl 2003, 353.

⁹²⁹ Vgl Kletter in Hausmaninger/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch I, 112.

⁹³⁰ Siehe bereits oben.

Interesse des Käufers zu denken und sind gewisse **Ausnahmen** vom generellen Ausschluss der Rückabwicklung vorzusehen.

Derartige Fälle sind zwar praktisch selten, sollten sie jedoch auftreten, kann nur ein Rücktrittsrecht einen sachgerechten Interessenausgleich schaffen. Dies betrifft bspw den Fall, dass der Veräußerer **nicht Eigentümer** des Kaufgegenstandes war oder dass jener **mit Rechten Dritter belastet** ist. Unzumutbarkeit für den Käufer wird auch stets dann vorliegen, wenn dem **Betrieb des Unternehmens als solchen ein rechtliches oder faktisches Hindernis** entgegensteht, zB der Mangel einer öffentlichrechtlichen Bewilligung oder eines gewerblichen Schutzrechtes⁹³¹ etc. Hierbei handelt es sich um typische Gewährleistungszusagen, die jedoch bei Verletzung eine von den sonstigen Zusagen abweichende Rechtsfolge erfordern.

Die Ausnahmefälle, in denen eine Rückabwicklung erforderlich ist, sollten allerdings präzise formuliert und **abschließend** aufgezählt werden.

Für Fälle der Arglist und Zwang ist keine eigene Ausnahme erforderlich, da ein vertraglicher Ausschluss der Anfechtung ohnehin unwirksam ist.

Sample Clause:

“In the event of a Warranty Breach pursuant to Clause [●] that results in the Purchaser not acquiring the sole and unrestricted ownership of the Shares, fully paid up and free of any rights of third parties, the Purchaser shall, alternatively to Clause [● Monetary Restitution] and at its own discretion, have the right to rescind this Agreement.”

Besteht für die Wandlung ein Anwendungsbereich, ist zu überlegen, **wie die Rückabwicklung zu erfolgen** hat. Die Rückabwicklung sollte grundsätzlich **Zug um Zug** gegen Rückerstattung des Kaufpreises vorgenommen werden.

Weiters ist zu berücksichtigen, dass seit der Übernahme mit dem Unternehmen gewirtschaftet wurde und für die zwischenzeitige Wertverschiebungen ein Ausgleich erfolgen sollte⁹³². Es sind daher insb Regelungen darüber nötig, ob und welche **Aufwendungen** vom Verkäufer zu ersetzen sind. In diesem Zusammenhang ist auch an jene Aufwendungen zu denken, die dem Käufer durch den **Entwurf, die Verhandlung, den Abschluss sowie die Durchführung des Kaufvertrages** entstanden sind und die durch die Rückabwicklung frustriert werden⁹³³. Darüber hinaus sollten jene Aufwendungen einbezogen werden, die durch die Erforderlichkeit der **Rückabwicklung** erst entstehen. Es ist allerdings nur sachgerecht, jene Aufwendungen zu erfassen, die den Erwerber wirtschaftlich belasten, nicht hingegen solche, die sich im rückzuübertragenden Unternehmen widerspiegeln, da sonst der Verkäufer doppelt belastet wäre⁹³⁴.

⁹³¹ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 613; Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 57.

⁹³² I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 42.

⁹³³ Es handelt sich um Mangelfolgeschäden, dogmatisch somit um einen Schadenersatzanspruch.

⁹³⁴ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 614 mit Verweis auf Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf Unternehmensverkauf § 10 Rz 67.

Beispiel für eine relativ einfache Regelung:

Sample Clause:

*“In the event of termination and rescission of this Agreement, this Agreement shall terminate with immediate effect and any actions and measures as set forth in this Agreement which have been validly effectuated between the Parties, if any, shall **be reversed to the extent possible**. The Seller shall return to the Purchaser the Purchase Price and the Purchaser shall concurrently return to the Seller the Shares.*

*A Party to this Agreement shall have claims against the respective other Party who has culpably failed to fulfil its obligations under this Agreement. The culpable Party shall reimburse the other Party against any **costs and expenses** incurred in connection with the preparation, negotiation, execution and reversal of this **Agreement** until a maximum amount of EUR [●].”*

Im Interesse des Verkäufers kann eine Einschränkung auf die **angemessenen** Aufwendungen vorgesehen werden. Umgekehrt ist ein Ersatz sämtlicher nachteiliger Auswirkungen auf den Wert des Unternehmens durch den Käufer sachgerecht, wenn diese von ihm schuldhaft verursacht wurden.

Darüber hinaus können **Zinsnachteile** des Erwerbers berücksichtigt werden.

Weiters ist zu überlegen, wem der in der Zwischenzeit **generierte Nutzen** (idR in Form eines **Unternehmensgewinnes**) zustehen soll. Eine Rückabwicklung mit Wirkung *ex tunc* würde beinhalten, dass der Käufer sämtliche Erträge bzw beim Anteilskauf Gewinnausschüttungen an den Verkäufer herausgeben müsste. Dies erscheint dann nicht gerechtfertigt, wenn der Käufer zum Gewinn einen gewichtigen eigenen Beitrag geleistet hat⁹³⁵. Wird geregelt, ob und inwieweit der Gewinn auszufolgen ist, so sollte auch überlegt werden, wie mit **Verlusten** umgegangen werden soll. Hier scheint eine schadenersatzrechtliche Regelung sachgerecht zu sein.

Die Vertragsverfasser sollten auch die Interessenabwägung des **OGH** im Hinterkopf behalten, der von einem **Äquivalenzverhältnis** der aus Leistung und Gegenleistung gezogenen Vorteile ausgeht⁹³⁶. Danach ist grundsätzlich kein Teil dem anderen gegenüber zur Erstattung der von ihm gezogenen Nutzungen verpflichtet.

4.5 Ausschluss weitergehender gesetzlicher Ansprüche

Zuletzt wird vereinbart, dass die Regelung der Rechtsbehelfe **abschließend** ist und weitergehende gesetzliche Ansprüche, insb Schadenersatzansprüche, ausgeschlossen sind.

Ebenso wie als Gewährleistungsbehelf die Wandlung nur in Extremfällen sachgerecht ist und deshalb so weit wie möglich ausgeschlossen wird, empfiehlt es sich auch, sämtliche Möglichkeiten der **Vertragsanfechtung**, die ebenfalls zur **Rückabwicklung** führen, weitgehend auszuschließen. Dies betrifft insb die Irrtumsanfechtung, daneben aber auch die Anfechtung wegen *laesio enormis* und wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

⁹³⁵ Siehe hierzu bereits Punkt 2.1.2.

⁹³⁶ Siehe dazu bereits Punkt 2.1.2; I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 48.

Insb bei der *laesio enormis* ist zu beachten, dass sich auch der Unternehmer auf diese Anspruchsgrundlage berufen kann, wenn diese nicht vertraglich ausgeschlossen wird⁹³⁷.

Da allgemeine Einwendungsverzichte nichtig sind, ist auch hier auf eine konkrete Formulierung zu achten⁹³⁸.

Beispiel⁹³⁹:

*„[Scheitert die Naturalrestitution]⁹⁴⁰, kann der Käufer nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Vertrages **ausschließlich eine Preisminderung** geltend machen. Die Wandlung dieses Vertrages ist ausgeschlossen. Im Fall einer Preisminderung hat der Verkäufer dem Käufer jenen Betrag zurückzuerstatten, der notwendig ist, um den Käufer nach Maßgabe der in diesem Vertrag vorgesehenen Haftungsbeschränkungen bezüglich jeglichen **Schadens**, der durch den Mangel oder als Folge des Mangels entstanden ist, **schad- und klaglos** zu halten.*

*Darüber **hinausgehende gesetzliche Ansprüche** und Ansprüche, die sich auf andere Rechtsgrundlagen, wie etwa auf Schadenersatz, gesetzliche Gewährleistung oder Bereicherungsrecht stützen, sind **ausgeschlossen**.*

*Ebenso ist das Recht, diesen Vertrag wegen Irrtums, *laesio enormis* oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage anzufechten oder dies einredeweise geltend zu machen oder aus einem dieser Gründe Preisminderung oder Vertragsanpassung zu verlangen, ausgeschlossen.“*

Sample Clause: **Exclusive Remedies**

*“Subject to any mandatory legal provisions, the **remedies** set forth in this Clause **shall be exhaustive** and shall apply instead and to the **exclusion of all remedies** legally available to the Purchaser for a breach of representation. Any further liability of the Seller and any differing or further rights or claims of the Purchaser – including but not limited to **any rights to rescind this Agreement** – arising from or in connection with a breach of representation shall be excluded to the extent legally permissible.“*

4.6 Haftungsbeschränkungen auf Ebene der Rechtsfolgen

Auf Tatbestandsebene wurden bereits die Haftungsbeschränkungen über subjektive Gewährleistungsklauseln⁹⁴¹ sowie über unterschiedlich weit reichende Formen des Gewährleistungsausschlusses⁹⁴² besprochen.

Was die Rechtsfolgen betrifft, wurde bereits auf die Haftungsbeschränkung durch Ausschluss bzw Einschränkung bestimmter gesetzlicher Gewährleistungsbefehle eingegangen⁹⁴³.

⁹³⁷ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 66; Schauer in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 351 Rz 3 ff.

⁹³⁸ § 937 ABGB; Binder in Schwimann, ABGB³ IV § 937 Rz 2.

⁹³⁹ Vgl Kletter in Hausmaninger/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch I, 112.

⁹⁴⁰ Siehe dazu oben.

⁹⁴¹ Best knowledge; s dazu Punkt 3.3.4.

⁹⁴² Siehe Punkt 3.4.

Der folgende Abschnitt ist den betraglichen und sonstigen Haftungsbeschränkungen gewidmet.

4.6.1 Betragliche Beschränkungen

a) Haftungsuntergrenze (*de minimis*-Schwelle, Bagatellschwelle, *floor*, *threshold*)

Oft wird in Verträgen vereinbart, dass Ansprüche bis zu einer bestimmten Betragsgrenze ausgeschlossen sind. Hintergrund ist, dass **Bagatellfälle** nicht erfasst sein sollen, da bei einem Unternehmenskauf naturgemäß gewisse Unschärfen in Kauf genommen werden müssen⁹⁴⁴. In derartigen Fällen würde der Aufwand der Geltendmachung und Abwicklung regelmäßig außer Verhältnis zum Kaufpreis stehen⁹⁴⁵.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass der Verkäufer häufig auf **Tatbestandsebene** eine ähnliche Einschränkung versucht, indem im Gewährleistungskatalog bei den einzelnen Klausel eine **Wesentlichkeitsschwelle** eingeführt wird. Dies entspricht zwar der gängigen Praxis, ist konzeptionell jedoch nicht erforderlich, da regelmäßig über die Betragsbeschränkung Bagatellfälle als unbeachtlich ausgeschieden werden. Es ist daher durchaus gerechtfertigt, beim Tatbestand der einzelnen Klauseln jeden Gewährleistungsfall als dem Grunde nach relevant anzusehen und die wesentlichen Fälle auf Ebene der Rechtsfolgen von den unwesentlichen zu trennen. Eine „**doppelte Wesentlichkeit**“ ist nicht nur unnötig sondern regelmäßig auch unklar, da sich dann sofort die Frage stellt, was der Begriff Wesentlichkeit im Tatbestand bedeutet. Dies führt wiederum zur Notwendigkeit weiterer Definitionen (*Material Assets*, *Material Deviation*, *Material Agreements* etc) und mangels betraglicher Festlegung zu Abgrenzungsschwierigkeiten von der *de minimis*-Schwelle.

Mitunter erscheint es sachgerecht, für bestimmte Gewährleistungszusagen, wie zB im Bereich der *Title Claims*, eingezahltes Kapital oder Steuern, die Bagatellschwelle nicht zur Anwendung kommen zu lassen.

Beispiel *de minimis*⁹⁴⁶:

„Soweit Ansprüche des Käufers aus Verletzungen einer Gewährleistung geltend gemacht werden, haftet der Verkäufer dafür nur soweit, als ein Anspruch im Einzelfall den Betrag von EUR [●] übersteigt.“

Sample Clause:

“The Purchaser shall not be entitled to indemnification if a single Warranty Claim does not exceed EUR [10,000] (the “**Threshold**”), except for Warranty Claims exceeding the

⁹⁴³ Siehe Punkt 4.1.

⁹⁴⁴ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 615; Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 62; Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf Unternehmensverkauf § 10 Rz 79.

⁹⁴⁵ Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement², 192 f.

⁹⁴⁶ Vgl Kletter in Hausmaninger/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch I, 113.

Threshold with a recurring effect. The Threshold shall not apply to Warranty Claims relating to Clause [●].”

b) Kumulierbare Haftungsuntergrenze (*basket*)

Es sollte klargestellt werden, ob die Bagatellschwelle für jeden einzelnen geltend gemachten Anspruch gilt oder ob diese Grenze auch durch **Kumulierung** mehrerer Gewährleistungsansprüche überschritten werden kann (*basket*)⁹⁴⁷. Beträgt die Bagatellgrenze etwa EUR 50.000, bedeutet erstere Regelung, dass drei Ansprüche von jeweils EUR 20.000 ausgeschlossen sind, während im Fall eines *basket* die Ansprüche kumuliert werden können und mit insgesamt EUR 60.000 die Bagatellschwelle übersteigen.

Meist ist vereinbart, dass Ansprüche, die **entweder einzeln oder in Summe** eine bestimmte Höhe nicht erreichen, ausgeschlossen sind.

Sample Clause: **Basket**

“The Purchaser shall not be entitled to indemnification if a Warranty Claim individually or in the aggregate does not exceed an amount of EUR 50,000.”

Oder: **Threshold and Basket:**

“The Purchaser shall be entitled to indemnification only

(a) if a single Warranty Claim exceeds EUR 10,000 (the “Threshold”), except for Warranty Claims exceeding the Threshold with a recurring effect, and

(b) if such claims in the aggregate exceed EUR 500,000 (the “Basket”).

Neither the Threshold nor the Basket shall apply in respect of Warranty Claims relating to Clauses [●].”

Beispiel **de minimis und basket**⁹⁴⁸:

„Soweit Ansprüche des Käufers aus Verletzungen einer Gewährleistung geltend gemacht werden, haftet der Verkäufer dafür nur soweit, als ein Anspruch im Einzelfall den Betrag von EUR [●] übersteigt, insgesamt jedoch nur dann und nur soweit die so ermittelten Ansprüche zusammengerechnet den Betrag von EUR [●] übersteigen.“

Abgesehen von der Frage, in welcher Form eine Haftungsuntergrenze überschritten werden muss, ist auch zu regeln, welche Konsequenz das Überschreiten hat, nämlich ob dann der Anspruch in seiner Gesamtheit oder nur mit dem die Grenze übersteigenden Betrag geltend gemacht werden kann. Kann nur der übersteigende Betrag verlangt werden, handelt es sich bei der Summe, die jedenfalls der Käufer selbst zu tragen hat, um einen Selbstbehalt.

c) Selbstbehalt (*cushion, deductible*)

Ist ein Selbstbehalt (Freibetrag) vorgesehen (***cushion; deductible***), können Ansprüche nur **insoweit** geltend gemacht werden, als sie einen bestimmten Betrag **übersteigen**. Die

⁹⁴⁷ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 63; Parschalk/Wahl, wbl 2003, 356.

⁹⁴⁸ Vgl Kletter in Hausmaninger/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch I, 113.

Bagatellschwelle bleibt somit als Selbstbehalt bestehen. Der Verkäufer haftet nur für den den Selbstbehalt übersteigenden Betrag. Der Selbstbehalt belastet den Käufer.

Musterklausel:

*„Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche des Käufers können nur **insoweit** geltend gemacht werden, als sie insgesamt einen Betrag von EUR [●] übersteigen (Basket und Freibetrag).“*

*“If the Threshold [the Basket] has been exceeded, the Seller shall be liable **only for the excess** (cushion).”*

d) Freigrenze (allowance)

Ist die Bagatellschwelle als Freigrenze ausgestaltet, so kann der Käufer bei Überschreiten der Grenze den **gesamten Betrag in voller Höhe** geltend machen.

Beispiel:

*„Bei Überschreiten der de minimis-Schwelle sowie des Basket kann der Käufer die **gesamte** Summe der Ansprüche geltend machen und nicht nur den übersteigenden Betrag.“*

Sample Clause:

*“If the Threshold [the Basket] has been exceeded, the Seller shall be liable for **the full amount** of the Loss and not only for the excess.”*

e) Haftungshöchstgrenze (cap, ceiling)

Die Haftung des Verkäufers für das Erfüllungsinteresse könnte in Extremfällen dazu führen, dass er nicht nur den gesamten Kaufpreis verliert sondern darüber hinaus noch schadenersatzpflichtig wird^{949,950}. Oft ist daher ein **absoluter Höchstbetrag** für Ansprüche des Käufers vorgesehen („**cap**“, „**ceiling**“). Ein solcher ist Ausdruck des Übergangs des unternehmerischen Risikos auf den Käufer⁹⁵¹. Für den Verkäufer wird dadurch das Risiko – insb auch für geheime Mängel – kalkulierbar⁹⁵².

Es ist zu überlegen, ob diese Haftungshöchstgrenze bloß auf die Haftung für die Verletzung von Gewährleistungszusagen Anwendung finden soll, oder generell für sämtliche (Schadenersatz)ansprüche des Käufers aus dem Vertrag.

Die Haftungshöchstgrenze wird regelmäßig als Prozentsatz des Kaufpreises ausgedrückt. Sie liegt je nach Verhandlungsstärke des Käufers erfahrungsgemäß zwischen **35 % und 75 % des Gesamtkaufpreises**.

⁹⁴⁹ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 616; Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 64; zu derartigen Fällen im Bereich der Umwelthaftung Pilgerstorfer, ÖJZ 2001, 373.

⁹⁵⁰ Siehe bereits Punkt 2.3.2.

⁹⁵¹ Parschalk/Wahl, wbl 2003, 356.

⁹⁵² Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement², 217.

Einzelne Gewährleistungszusagen, wie insb das Bestehen der Gesellschaft sowie das unbelastete Eigentum des Veräußerers am Kaufgegenstand⁹⁵³, sollten vom *cap* **ausgenommen** werden, da in solchen Gewährleistungsfällen der Käufer jedenfalls seinen Gesamtkaufpreis zurückerhalten muss.

Beispiel:

*„Sämtliche Ansprüche des Käufers aus Gewährleistung und Schadenersatz im Zusammenhang mit diesem Vertrag sind insgesamt mit einem **Höchstbetrag** von 50 % des Kaufpreises beschränkt. Ausgenommen von diesem Haftungshöchstbetrag sind Ansprüche gemäß Punkt [●], für die ein Haftungshöchstbetrag in Höhe des Kaufpreises gilt.“*

Sample Clause:

*“The **aggregate liability** of the Seller for Warranty Claims⁹⁵⁴ shall not exceed 50% of the Purchase Price (the “**Cap**”). The Cap shall not apply to Warranty Claims relating to Clause [●] (title claims)⁹⁵⁵ where the Seller’s maximum liability shall not exceed an amount equal to the Purchase Price⁹⁵⁶.”*

4.6.2 Keine Doppelerfassung

Wie bereits unter Punkt 3.3.11 ausgeführt, bedarf auch das Verhältnis einzelner Klauseln zueinander einer vertraglichen Regelung. Es kann nämlich vorkommen, dass **ein und derselbe Sachverhalt unter mehrere Gewährleistungsklauseln** subsumiert werden kann⁹⁵⁷. In einem solchen Fall kann sich der Erwerber grundsätzlich auf **beide Anspruchsgrundlagen** berufen. Es sollte aber in der Regelung der Rechtsfolgen klargestellt werden, dass der Erwerber aufgrund desselben Sachverhalts nur einmal Geldersatz verlangen kann. Eine so genannte **doppelte Kaufpreiskorrektur** sollte also ausgeschlossen werden (**no double recovery**), um eine Bereicherung des Erwerbers zu vermeiden.

Musterklausel:

“Führt ein wirtschaftlicher Sachverhalt zur Auslösung eines Gewährleistungsanspruches gemäß Punkt [●], so kann ein Gewährleistungsanspruch nur einmal geltend gemacht werden, auch wenn der wirtschaftliche Sachverhalt grundsätzlich unter mehrere Gewährleistungsbestimmungen subsumierbar wäre.”

Sample Clause: **No double recovery**

⁹⁵³ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 65.

⁹⁵⁴ Oder: “...in respect of all breaches of this Agreement and representations, warranties and guarantees hereunder...”.

⁹⁵⁵ Sowie “... (Organization and Standing), ... (Authorization), ... (No conflict)“.

⁹⁵⁶ Oder: “... the liability of the Seller shall not be subject to any limitation or recovery restriction.” In diesem Fall würden weder eine Unter- noch eine Obergrenze zur Anwendung kommen.

⁹⁵⁷ Bspw bei einer allgemeinen Eigenkapital- oder Bilanzgarantie, wenn der Verkäufer zusätzlich Zusagen zu einzelnen Bilanzposten macht.

“The Purchaser shall under no circumstances be entitled to recover more than once in respect of the same Loss / a claim resulting from the same circumstances.”

Sind für einzelne Zusagen des Gewährleistungskataloges **unterschiedliche Rechtsfolgen** vorgesehen, sollte daran gedacht werden, welche Rechtsfolge bei Anspruchsgrundlagenkonkurrenz eintreten soll. Sinnvoll ist der Vorrang der weitergehenden Rechtsfolge oder ein Wahlrecht des Anspruchsberechtigten.

Dieselben Überlegungen gelten beim **Anteilskauf** auch hinsichtlich des Umstandes, dass ein Mangel auf operativer Ebene regelmäßig auch zu einem Schaden⁹⁵⁸ im Vermögen des Erwerbers führt. Bei mehrstöckigen Strukturen entsteht ein Schaden auf jeder Ebene. Auch hier hat der Veräußerer den Schaden selbstverständlich nur einmal zu ersetzen⁹⁵⁹.

Sample Clause: *No double recovery on various corporate levels*

“The Seller shall pay to the Purchaser (to the exclusion of any double counting):

- (i) the **Relevant Percentage**⁹⁶⁰ of any Loss incurred or suffered **directly by the Subsidiary**⁹⁶¹ which would not have incurred if the representations and warranties of the Seller according to Art [●] had been true and correct in every material respect;*
- (ii) the amount of any Loss suffered **directly by the Company**⁹⁶² which would not have incurred if the representations and warranties of the Seller according to Art [●] had been true and correct in every material respect, provided, however, that any Loss which falls within the scope of subparagraph (i) above **shall only be indemnified pursuant to said subparagraph;***
- (iii) the amount of any Loss suffered **directly by the Purchaser** which would not have incurred if the representations and warranties of the Seller according to Art [●] had been true and correct in every material respect, provided, however, that any Loss which falls within the scope of subparagraph (i) and (ii) above **shall only be indemnified pursuant to said subparagraphs.**”*

4.6.3 Vorteilsausgleich

Erhält der Erwerber von dritter Seite eine Entschädigung (zB eine Versicherungsleistung) oder fällt der Mangel bzw Schaden beim Anteilskauf auf Ebene der Gesellschaft ganz oder zum Teil wieder weg, sodass der Erwerber zumindest teilweise schadlos gestellt wird, muss er sich derartige Vorteile auf seinen Geldersatzanspruch (in der Form einer Kaufpreisminderung

⁹⁵⁸ Infolge der Wertminderung des Anteils.

⁹⁵⁹ Bei Naturalrestitution auf operativer Ebene wird gleichzeitig der Schaden auf allen Stufen beseitigt.

⁹⁶⁰ Wenn es auf operativer Ebene noch andere Gesellschafter gibt; Definition: „... [●]%, which corresponds to the participation holding of the Purchaser on the Closing Date.“

⁹⁶¹ Gemeint ist die operative Gesellschaft.

⁹⁶² Zwischen- bzw Holdinggesellschaft, deren Anteile erworben werden und die Gesellschafterin des operativen Targets ist.

oder Schadenersatz) anrechnen lassen (**Vorteilsanrechnung**)⁹⁶³. Der Anspruch wird dadurch reduziert.

Dasselbe gilt, wenn sich der Erwerber oder die Gesellschaft einen Aufwand, den sie sonst hätten tätigen müssen, erspart.

Zu überlegen ist weiters, wie solche Mängel behandelt werden sollen, die zu bloßen **Periodenverschiebungen** führen. Die Berücksichtigung eines Aufwandes aus heutiger Sicht, der sich in späteren Perioden wieder relativiert, würde bedeuten, dass der **zukünftige Vorteil** auf den heutigen Nachteil angerechnet würde und im Ergebnis kein Anspruch besteht. Hauptanwendungsbereich dieser Thematik ist das Steuerrecht, wo es aufgrund zwingender Unterschiede zwischen Rechnungslegungsrecht und Steuerrecht (zB hinsichtlich der Bildung von Rückstellungen oder bei Abschreibungen) häufig zu derartigen Periodenverschiebungen kommt, die sich in einer **Mehr-/Wenigerrechnung** auswirken.

Sample Clause:

*“The Seller shall **not be liable** for a Warranty Claim **if and to the extent** that the matter, event or circumstances triggering the Warranty Claim results in **a present or future benefit** or advantage becoming available to the Purchaser, the Company or a Subsidiary (including, without limitation, any benefit or advantage with respect to any **policy of insurance** or to **Taxes**, including, without limitation, loss carry forwards, exemptions, set-offs, deductions, deferrals or credits).”*

Geht der Vorteilausgleich so weit, dass auch **zukünftige Vorteile** anzurechnen sind, so ist zu bedenken, dass durch die Periodenverschiebung für den Käufer erhebliche **Zinsnachteile** entstehen können. Diese sollten ausgeglichen werden.

Sample Clause, nach der zum Vorteil des Käufers zukünftige Vorteile nicht sofort angerechnet werden sondern erst zu dem späteren Zeitpunkt wenn sie tatsächlich eingetreten sind:

“Should such benefit⁹⁶⁴ not be available at the time of the occurrence of the Loss, for any reason whatsoever⁹⁶⁵, the Seller shall pay the relevant indemnity to the Purchaser, but the Purchaser shall return to the Seller such indemnity if and when⁹⁶⁶ and to the extent the benefit is actually realised in relation to such Loss.”

Denkbar ist auch der Fall, dass der Veräußerer aufgrund einer Gewährleistungsverletzung bereits Geldersatz geleistet hat und der Vorteil von dritter Seite dem Erwerber erst **nachträglich** zukommt⁹⁶⁷. Dann ist der Erwerber rechtsgrundlos bereichert und hat den erlangten Vorteil an den Veräußerer herauszugeben.

⁹⁶³ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 615; Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf Unternehmensverkauf § 10 Rz 73.

⁹⁶⁴ “...including, without limitation, any tax deduction”.

⁹⁶⁵ “...including in relation to the absence of taxable income...”.

⁹⁶⁶ Zinseffekte könnten noch ergänzend berücksichtigt werden.

⁹⁶⁷ Ohne dass dies, wie zB bei Steuervorteilen, bereits im Vorhinein vorhersehbar ist.

Sample Clause:

*“If the Seller has paid any indemnity to the Purchaser⁹⁶⁸ under Art [●] and the Purchaser⁹⁶⁹ subsequently receives or recovers a sum in respect of the same Loss which gave rise to the indemnity claim, the Purchaser shall promptly **repay** the Seller the amount so received or recovered (net of recovery costs, including reasonable legal fees and court costs) up to the amount which had been paid by the Seller in respect of such claim.”*

Weiters sollte vorgesehen werden, dass der Käufer verpflichtet ist, allfällige **Ansprüche gegen Dritte entsprechend zu betreiben**, um den Vorteil zu lukrieren. Die Betreibung des Anspruchs erfolgt auf Rechnung des Veräußerers. Da der Vorteilsausgleich ihm zugute kommt, sollte er auch die Kosten tragen sowie diese vorfinanzieren.

Sample Clause: **Third Party Recovery**

*“If the Seller **has made a payment** to the Purchaser⁹⁷⁰ (or at the direction of the Purchaser to the Company or a Subsidiary) in relation to any Warranty Claim and the Purchaser (the Company or that Subsidiary) **is entitled to recover** – whether by insurance, payment, discount, credit, relief or otherwise – **from a third party** a sum which indemnifies or compensates the Purchaser, the Company or the Subsidiary in whole or in part in respect of the liability or loss which is the subject of a Warranty Claim, the Purchaser shall **at the expense of the Seller**:*

*(a) **promptly notify** the Seller thereof and provide the Seller with such information as the Seller may reasonably require;*

*(b) for the account of the Seller take all reasonable **steps or proceedings** and/or cause the Company or Subsidiary to take all reasonable steps or proceedings as the Seller may reasonably require **to enforce such right** and provided that the Seller covers the **costs in advance**;*

*(c) pay to the Seller as soon as practicable after receipt an amount equal to the **amount recovered** from the third party (net of taxation and less any reasonable costs the Seller has not yet covered).”*

Eine Missachtung dieser Verpflichtung kann als Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit zur Reduktion oder sogar zum Entfall der Ansprüche des Käufers führen. Siehe dazu sogleich unter Punkt 4.6.5.

⁹⁶⁸ “... or to the Company / or to the Subsidiary“.

⁹⁶⁹ “... or the Company / or the Subsidiary“.

⁹⁷⁰ Die Verpflichtung zur Betreibung von Ansprüchen kann auch unabhängig von einer bereits erfolgten Zahlung des Veräußerers vorgesehen werden: *“The Purchaser shall pursue any actions or claims **he may reasonably have** under a policy of insurance or against any third party in respect of any matter for which the Purchaser is entitled to be indemnified from the Seller and shall keep the latter duly and timely posted on the progress of such actions or claims.”*

4.6.4 Aufrechnungsverbot

Eine weitere Möglichkeit des Verkäufers, seine Haftung (strategisch) zu beschränken, besteht darin, dass zu seinen Gunsten ein Aufrechnungsverbot in den Vertrag aufgenommen wird. Dies macht aus seiner Sicht Sinn, wenn ein Teil des Kaufpreises gestundet wird. Der Käufer ist dann nicht berechtigt, mit seinen Gewährleistungsansprüchen, insb mit seiner Geldersatzforderung, gegen die ausständige Kaufpreisforderung des Verkäufers aufzurechnen.

Musterklausel:

„Eine Aufrechnung von Ansprüchen des Käufers gegen Zahlungsansprüche des Verkäufers ist nur dann zulässig, wenn diese Ansprüche des Käufers vom Verkäufer schriftlich anerkannt oder solche Ansprüche rechtskräftig festgestellt wurden.“

4.6.5 Mitverschulden, Schadensminderungsobliegenheit

Bereits aufgrund des Gesetzes besteht im Schadenersatzrecht die Obliegenheit des Geschädigten, den Schaden möglichst gering zu halten und nicht ausufern zu lassen. Die Verletzung der Obliegenheit führt, ebenso wie ein Mitverschulden, zur **Einschränkung des Ersatzes**⁹⁷¹.

Diese Obliegenheit kann vertraglich dahin gehend konkretisiert werden, dass der Erwerber **unverzüglich Mitteilung** von dem aufgetretenen Mangel zu machen oder allfällige **Deckungsgeschäfte** abzuschließen hat⁹⁷².

Sample Clause:

*“The Purchaser shall **mitigate** any Loss which the Purchaser, the Company or a Subsidiary may suffer as a result of a Breach which shall include an obligation to procure that, where relevant, the Company and its Subsidiaries take every action necessary or advisable to mitigate. The Seller shall **not be liable** for a Warranty Claim if and **to the extent** that a Warranty Claim is **increased** as a result of an act or omission of the Purchaser after the Signing Date or if and to the extent that a Warranty Claim could have been **mitigated** had the Purchaser complied with his obligation under Clause [●] to give notice of the Warranty Claim to the Seller.”*

Sample Clause für den Fall der Beendigung des Versicherungsschutzes durch den Käufer:

“Any indemnity payable to the Purchaser under Art [●] shall be reduced to the extent of any indemnity to which the Purchaser and/or the Company / Subsidiary would have been entitled on the basis of any insurance policy maintained on the Closing Date and cancelled or terminated thereafter by the Purchaser or by the Company / Subsidiary, such cancellation or termination being caused by the Purchaser.”

4.6.6 Mitverschulden / Kulpakompensation

Das Mitverschulden ist dogmatisch kein echtes Verschulden, da sorgloses Verhalten in eigenen Angelegenheiten nicht rechtswidrig ist. Mitverschulden ist vielmehr eine Obliegenheitsverletzung: Die Sorglosigkeit des Erwerbers führt zum teilweisen Entfall des

⁹⁷¹ § 1304 ABGB; dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 328 f mwN.

⁹⁷² *Flener* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 615.

Anspruchs (Schadensteilung)⁹⁷³. Das Verschulden von Gehilfen wird dem Käufer zugerechnet⁹⁷⁴.

Das gesetzliche schadenersatzrechtliche Konzept des Mitverschuldens passt nicht ganz, wenn im Vertrag Schadenersatzansprüche **verschuldensunabhängig** ausgestaltet sind. Häufig verlangt dann der Veräußerer im Gegenzug, dass auch die Schadensteilung bzw der Entfall des Schadenersatzanspruchs bloß anknüpfend an eine Verursachung durch den Käufer und unabhängig von seinem Verschulden eintreten soll.

Sample Clause: Exclusion of Liability

*“The Seller shall not be liable for a Warranty Claim if and **to the extent that** a Warranty Claim arises or increases⁹⁷⁵*

- *as a result of an act or omission⁹⁷⁶ of the Purchaser after the Signing Date; or*
- *as a result of an act or omission at the request or with the approval of the Purchaser after the Signing Date.”*

Ist vereinbart, dass der Ersatzanspruch **völlig entfällt**, wenn den Käufer Mitverschulden trifft, liegt eine **Kulpakompensationsregelung** vor⁹⁷⁷.

4.7 Third Party Claims

Werden von dritter Seite Ansprüche gegen den Erwerber oder gegen die Gesellschaft geltend gemacht, die im Verhältnis zwischen Erwerber und Veräußerer zu Gewährleistungsansprüchen führen können, so hat der **Veräußerer** ein erhebliches Interesse daran, am Verfahren über den Drittspruch **mitzuwirken**, da davon seine Haftung gegenüber dem Erwerber abhängt.

Umgekehrt kann das Interesse des Erwerbers an der Bekämpfung des Drittspruchs gering sein, wenn er damit rechnen kann, ohnehin vom Veräußerer schadlos gehalten zu werden.

Prozessual hat der Käufer, der von einem Dritten in Anspruch genommen wird, zB im Fall eines Rechtsmangels am Kaufgegenstand, gem § 931 ABGB⁹⁷⁸ dem Verkäufer den **Streit zu**

⁹⁷³ § 1304 ABGB; dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 328 f mwN.

⁹⁷⁴ Ohne dass zwischen Erfüllungs- und Besorgungsgehilfen unterschieden wird; *Koziol*, JBl 1997, 201; dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 328.

⁹⁷⁵ Die Erhöhung fällt streng genommen unter die Schadensminderungsobliegenheit; da jedoch auch diese auf § 1304 ABGB gestützt wird, wird beides gemeinsam vertraglich geregelt.

⁹⁷⁶ Hier ist bloß Kausalität aber kein Verschulden erforderlich.

⁹⁷⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 328.

⁹⁷⁸ § 931 ABGB: „Wenn der Übernehmer wegen eines von einem Dritten auf die Sache erhobenen Anspruches von der Gewährleistung Gebrauch machen will, so muß er seinem Vormann den Streit verkündigen. Unterläßt er dies, so verliert er zwar noch nicht das Recht der Schadloshaltung, aber sein Vormann kann ihm alle wider den Dritten unausgeführt gebliebenen Einwendungen entgegensetzen und sich dadurch von der Entschädigung in dem Maße befreien, als erkannt wird, daß diese Einwendungen, wenn von ihnen der gehörige Gebrauch gemacht worden wäre, eine andere Entscheidung gegen den Dritten veranlaßt haben würden.“

verkünden. Unterlässt er die Streitverkündung, **behält er zwar von Gesetzes wegen seine Gewährleistungsansprüche,** der Verkäufer kann ihm jedoch alle gegen den Dritten bestehenden und nicht ausgeführten **Einwendungen entgegenhalten.**

Die Streitverkündung bewirkt unabhängig davon, ob der potentiell Regresspflichtige dem Verfahren als Nebenintervenient beitrifft oder nicht, seine **Bindung an den Spruch** und die **tragenden Gründe** der Entscheidung⁹⁷⁹. Wurde bspw dem Verkäufer der Streit verkündet und tritt er dem Verfahren nicht als Nebenintervenient bei, kann der Verkäufer im Folgeprozess nicht einwenden, der Rechtsmangel habe gar nicht bestanden⁹⁸⁰.

Die Streitverkündung und damit verbunden die Nebenintervention hat den **Vorteil**, dass damit Kostendruck auf die Gegenseite ausgeübt werden kann. Andererseits besteht auch ein **Risiko** darin, sich den potentiellen Gegner eines Regressprozesses auf die eigene Seite zu holen, da der Nebenintervenient aufgrund der Bindungswirkung des Urteils alles daran setzen muss, für seinen Prozessstandpunkt im zukünftigen Regressverfahren günstige Tatsachenfeststellungen zu bewirken. Dies kann dazu führen, dass der Nebenintervenient zum „Feind auf der eigenen Seite“ wird⁹⁸¹.

Dem Ausgleich von in diesem Zusammenhang bestehenden potentiellen Interessenkonflikten zwischen Erwerber und Veräußerer dient die vertragliche Regelung über die Abwehr von Ansprüchen Dritter (*Third Party Claims*). Dogmatisch ist sie ein Unterfall der **Schadensminderungsobliegenheit** des Käufers, der bestimmte näher zu definierende Schritte zu unternehmen hat, um den potentiellen **Schaden abzuwehren bzw zu begrenzen.**

Eine derartige Regelung ist allerdings nicht in allen Transaktionskonstellationen erforderlich, sondern nur dann, wenn im Zuge der Transaktion der **Einfluss auf die Geschäftsführung vom Veräußerer auf den Erwerber übergeht.** Erwirbt der Käufer hingegen bloß eine Minderheitsbeteiligung und bleibt der Veräußerer Mehrheitsgesellschafter einer GmbH (und behält so den Einfluss auf die Geschäftsführung) oder hatte der Veräußerer auch vor der Transaktion die entsprechenden Einflussmöglichkeiten nicht⁹⁸², erübrigt sich eine derartige Regelung, da der Erwerber ohnehin das Verfahren über den Anspruch des Dritten nicht steuern kann.

Im Mittelpunkt einer Regelung über die Abwehr von Ansprüchen Dritter steht eine **Kooperationsverpflichtung** beider Parteien: Sie sollen konstruktiv zusammenwirken, um den Anspruch des Dritten erfolgreich abzuwehren. Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass der Veräußerer vom Verfahren Kenntnis erlangt, der Erwerber ist also zunächst zu einer entsprechenden **Mitteilung** an den Veräußerer zu verpflichten.

Die **Mitwirkung des Veräußerers am Verfahren** gegen den Dritten kann dann mit unterschiedlicher Intensität ausgestattet werden und reicht von

⁹⁷⁹ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 114 ff; OGH 1 Ob 2123/96d, JBl 1997, 368.

⁹⁸⁰ OGH 5 Ob 214/01h, MietSlg 53.108 (Unterlassungsklage iZm Zufahrtsrecht auf einer Liegenschaft).

⁹⁸¹ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 117.

⁹⁸² Und kann sie daher auch nicht an den Käufer übertragen.

- **Informationspflichten** des Erwerbers über den Verfahrensfortgang,
- Mitwirkung bei der **Beraterwahl**, über ein
- **Zustimmungsrecht** bei **Dispositionen** (Anerkenntnis, Vergleich),
- Mitwirkung bei **Vergleichsverhandlungen**,
- bis zur Mitwirkung bei der **Führung des Verfahrens** selbst (zur nach § 931 ABGB verpflichtenden Streitverkündung s bereits oben) und zum
- Verlangen auf Ergreifung von **Rechtsmitteln**.

Eine Regelung über die Tragung der **Verfahrenskosten** darf nicht vergessen werden. Da die Abwehr des Drittanspruchs im überwiegenden Interesse des Veräußerers liegt, weil er damit seine eigene Haftung begrenzt, scheint es sachgerecht, ihm die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Vorzusehen ist auch eine **Rechtsfolge** für den Fall, dass der Erwerber die Mitwirkung des Veräußerers nicht entsprechend der Vereinbarung zulässt. Für den Fall, dass der Erwerber die Streitverkündung unterlässt, sieht **§ 931 ABGB** explizit vor, dass der Erwerber zwar seine **Gewährleistungsansprüche nicht verliert**, der Verkäufer ihm jedoch alle gegen den Dritten bestehenden und nicht ausgeführten **Einwendungen entgegenhalten** kann.

Abweichend davon können andere oder weitere Rechtsfolgen vereinbart werden:

Ist die Mitwirkung als **Obliegenheit** des Erwerbers ausgestaltet, so fallen die negativen Konsequenzen der Unterlassung auf ihn. Dies bedeutet, dass der Erwerber seinerseits seinen Gewährleistungsanspruch oder Schadenersatzanspruch (aufgrund Verstoßes gegen die **Schadensminderungsobliegenheit**) gegen den Veräußerer ganz oder zum Teil verlieren würde. Auch ein völliger Anspruchsverlust, zB bei Unterlassung rechtzeitiger Mitteilung, im Sinne einer Kulpakompensation kann vereinbart werden.

Ist die Mitwirkung hingegen als **Verpflichtung** des Erwerbers ausgestaltet, steht dem Veräußerer ein durchsetzbarer Anspruch auf Mitwirkung zu, und der Erwerber könnte selbst schadenersatzpflichtig werden. Dies ist jedoch nicht der Regelfall.

Sample Clause: **Third Party Claims**

*“If the Purchaser becomes aware of any claim or potential claim by a third party (**“Third Party Claim”**), or of any other matter or circumstance which might result in a Claim being made, the Purchaser shall:*

*(a) promptly (and in any event within 20 Business Days) **give notice** of the Third Party Claim or such matter or circumstance to the Seller and ensure that the Seller and their representatives are given all **reasonable information** and facilities to investigate it;*

*(b) not (and ensure that the Company and the subsidiaries shall not) **admit liability** or make **any agreement or compromise** in relation to the Third Party Claim without prior written approval of the Seller;*

(c) – subject to the Purchaser, the Company or the relevant Subsidiary being indemnified by the Seller against all reasonable expenses incurred in respect of that Third Party Claim –

(i) take such action as the Seller may reasonable request to **avoid, resist, dispute, appeal, compromise or defend** the Third Party Claim, and

(ii) allow the Seller at his request to **take over the conduct of all proceedings and/or negotiations** arising in connection with the Third Party Claim; and

(iii) provide such **information and assistance** as the Seller may reasonably request in connection with the preparation for and conduct of any proceedings and/or negotiations relating to the Third Party Claim.

If the Purchaser fails to comply with this Clause, the Seller shall not be liable to the extent its liability could have been avoided or mitigated had the Purchaser complied with this Clause⁹⁸³.”

4.8 Vertragliche Ausgestaltung der Geltendmachung von Gewährleistungsbehelfen (Verfahrensregeln)

4.8.1 Zeitliche Beschränkung der Gewährleistungsbehelfe – Gewährleistungsfristen

a) Dauer der Gewährleistungsfrist

Die gesetzliche Gewährleistungsfrist beträgt beim Unternehmenskauf grundsätzlich **drei Jahre** ab der Übergabe der Sache, bei Rechtsmängeln ab Erkennbarkeit des Mangels⁹⁸⁴. Es ist zu beachten, dass Rechtsmängel an einzelnen Teilen des Betriebsvermögens auf Ebene des Unternehmens bzw des Anteils bloß Sachmängel und keine Rechtsmängel darstellen⁹⁸⁵.

Jedoch auch abgesehen von dieser Besonderheit ist die gesetzliche Gewährleistungsfrist beim Unternehmenskauf hinsichtlich einer Vielzahl von Mängeln unpassend und daher eine **Modifizierung der gesetzlichen Verjährungsfristen** geboten. Insb ist bei typischerweise versteckten Mängeln, die durch ihr spätes Hervorkommen gekennzeichnet sind, im Interesse des Käufers eine **längere Frist** geboten. Typischer Anwendungsbereich sind Umweltrisiken. Aufgrund ihrer besonderen Wichtigkeit wird oft auch für Rechtsmängel eine Fristverlängerung für angemessen gehalten. Es ist daher sachgerecht, die Gewährleistungsfrist für bestimmte Gewährleistungszusagen **differenziert** zu regeln.

b) Fristbeginn

Häufig wird der Zeitpunkt, ab dem die Frist für die Geltendmachung von Gewährleistungsbehelfen zu laufen beginnt, abweichend vom gesetzlich vorgesehenen **Zeitpunkt des Verfügungsgeschäftes**⁹⁸⁶ geregelt. Auch um sich Diskussionen darüber zu ersparen, ob die Parteien hinsichtlich ausdrücklich zugesicherter Eigenschaften

⁹⁸³ Dies verlangt eine hypothetische Einschätzung des Verfahrensausganges und ist daher nicht unproblematisch, jedoch gegenüber der Kulpakompensation die mildere Rechtsfolge.

⁹⁸⁴ Siehe Punkt 2.2.1.

⁹⁸⁵ Siehe Punkt 1.4.2.

⁹⁸⁶ Siehe dazu Punkt 2.2.1b).

stillschweigend den Beginn des Fristenlaufes auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit hinausgeschoben haben⁹⁸⁷, ist eine diesbezügliche Klarstellung zu empfehlen.

Häufig erfolgt die Regelung mangelspezifisch: Für manche Bereiche ist eine **dynamische Frist** zweckmäßig, bspw bei drohenden oder bereits anhängigen Verfahren. So wird bei steuerlichen Risiken regelmäßig auf den **rechtskräftigen Abschluss** eines Betriebsprüfungsverfahrens abgestellt. Meist verlangt jedoch der Veräußerer, der nicht unbegrenzt haften möchte, darüber hinaus eine **absolute Frist**.

Für den Fall eines Joint Ventures, bei dem der Erwerber nur eine Minderheitsbeteiligung erwirbt und der Veräußerer weiterhin Mehrheitsgesellschafter mit entsprechendem Einfluss auf die Gesellschaft bleibt, ist es im Interesse des Käufers zielführend, den Fristbeginn an eine entsprechende **schriftliche Mitteilung** des Verkäufers über den rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu knüpfen.

Auch wenn der Erwerber das Unternehmen bereits ab dem *Signing* **faktisch führt**, der Rechtsübergang jedoch noch aufschiebend bedingt ist, empfiehlt sich eine Regelung: Es erscheint sachgerecht, in einem solchen Fall den Beginn der Verjährung an die faktische Übergabe anzuknüpfen, da der Erwerber ab diesem Zeitpunkt in der Lage ist, vom Mangel Kenntnis zu erlangen und die Mangelhaftigkeit geltend zu machen.

c) Hemmung der Verjährung

Aufgrund des Gesetzes hemmen Vergleichsverhandlungen den Ablauf der Verjährungsfrist. Die Klagseinbringung sowie ein Anerkenntnis bewirken eine Unterbrechung der Frist⁹⁸⁸.

Im Sinne von mehr Rechtsklarheit und verbesserter Chancen einer gütlichen Einigung macht es Sinn, im Vertrag vorzusehen, dass die Verjährungsfrist **ab substantiierter Mitteilung** des Mangels durch den Käufer an den Verkäufer in ihrem Ablauf während einer bestimmten Zeit (zB sechs Monate) **gehemmt** sein soll.

Darüber hinaus wünscht der Verkäufer manchmal, dass strengere, insb formelle, Voraussetzungen an den Eintritt der **hemmenden Wirkung von Vergleichsverhandlungen** geknüpft werden. In Betracht kommt vor allem eine **schriftliche Bestätigung** beider Parteien über die laufenden Vergleichsverhandlungen. Hierbei sollte jedoch bedacht werden, dass dies zwar der Rechtsklarheit dient, andererseits den Käufer zur gerichtlichen Geltendmachung drängt und somit eine gütliche Einigung erschwert. Abgesehen davon stellen sich dann neue Fragen, insb wie eine solche Bestätigung auszusehen hat und was konkret zu bestätigen ist.

Sample Clause:

*“The aforementioned time limitations shall be **suspended** (gehemmt) if the Purchaser delivers a respective **Warranty Claim Notice** to the Seller prior to the expiration of the respective time limitation, for a period of six months following delivery of the Warranty Claim Notice.*

*Apart from that, **Austrian legal provisions** shall apply with respect to the suspension of time limitations.*

⁹⁸⁷ Nach Auffassung von Wiedenbauer/Klauninger, ecolex 2003, 397, soll das bei ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften regelmäßig der Fall sein.

⁹⁸⁸ Dazu bereits Punkt 2.2.1c).

*However, **pending settlement negotiations** of the Parties shall have suspending effect only if **confirmed** by the Seller and the Purchaser in writing.”*

d) Typische Regelung

Typischer Weise wird eine allgemeine Verjährungsfrist vereinbart, die ab *Closing* läuft, und darüber hinaus für bestimmte Rechtsbereiche eine gesonderte Frist normiert.

Sample Clause: Time Limitations

*“Any and all Warranty Claims shall become time-barred **two years after Closing unless explicitly provided otherwise** in the following:*

*(a) All Warranty Claims pursuant to Clauses [●] (**Organisation, Approvals, Corporate Restructurings, Share⁹⁸⁹ and Share Capital**) shall become time-barred 15 years after Closing.*

*(b) All Warranty Claims pursuant to Clause [●] (**Environmental Claims**) shall become time-barred 7 years after Closing.*

*(c) All Warranty Claims pursuant to Clause [●] (**Taxes, Social Security, other Public Charges**) for periods until the Closing Date inclusive shall become time-barred six months after all Taxes, Social Security and other Public Charges have been **finally and incontestably assessed** and, if a tax audit has been conducted, not before six months after the final and legally binding completion (Rechtskraft) of the **tax audit**. For the purpose of this Clause, a final and legally binding completion of the tax audit will only be given when all proceedings pending at the Constitutional Court (Verfassungsgerichtshof) and/or the Administrative Court (Verwaltungsgerichtshof), or in the case of the Subsidiaries comparable courts and authorities, have also been completed. In any case, such Warranty Claims shall become time-barred **7 years after Closing**.*

*(d) Any Warranty Claim based on **fraudulent misrepresentation, deceit or force** within the meaning of Sec. 870 ABGB shall become time-barred pursuant to the statutory limitation periods.”*

4.8.2 Eintritt des Gewährleistungsfalls

Die Haftung des Veräußerers kann auch dadurch etwas abgeschwächt werden, dass der Zeitpunkt, zu dem ein Gewährleistungsfall als eingetreten gilt und ab dem der Erwerber Ansprüche geltend machen kann, so definiert wird, dass er möglichst spät eintritt.

Ein Beispiel hierfür ist eine Sonderregelung für **Eventualverbindlichkeiten**. Hierbei handelt es sich um mögliche zukünftige Verbindlichkeiten, bei denen ungewiss ist, ob bzw wann sie tatsächlich zu einer Verbindlichkeit werden⁹⁹⁰. Sie sind als Zusatz in der Bilanz ausgewiesen, gehen aber nicht in die Bilanz selbst ein. In Abhängigkeit von dem Risiko, dass die Eventualverbindlichkeit sich realisiert, ist eine Rückstellung zu bilden. Es kann nun vorgesehen werden, dass der Erwerber einen Gewährleistungsanspruch erst dann geltend

⁹⁸⁹ Sog *title claims*.

⁹⁹⁰ Eventualverbindlichkeiten sind etwa für Dritte gegebene Sicherheiten wie Bürgschaften, Garantien oder Pfänder.

machen kann, wenn sich die Eventualverbindlichkeit in eine tatsächliche fällige Verbindlichkeit gewandelt hat.

Eine ähnliche Regelung kann für bedingte, noch nicht quantifizierbare oder noch nicht fällige Ansprüche vorgesehen werden.

Sample Clause: *contingent liabilities*

*“The Seller shall not be liable to make any payment in respect of any Warranty Claim that is based on a liability that is **contingent or can otherwise not be quantified unless and until** such liability ceases to be contingent and becomes an actual and unconditional liability which is **due and payable** as well as capable of being quantified.”*

Hier ist im Interesse des Erwerbers darauf zu achten, dass die **Verjährungsfrist** während des Schwebezustandes, dh solange noch nicht feststeht, ob ein Gewährleistungsanspruch entstehen wird oder nicht, **gehemmt** ist.

4.8.3 Mechanismus der Geltendmachung (Verfahrensablauf)

Typischerweise beinhaltet eine vertragliche Regelung über die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen folgende Eckpunkte:

- Zunächst hat die **Mitteilung** des Mangels durch den Käufer zu erfolgen. Dafür ist meist eine relativ kurz bemessene Frist ab Bekanntwerden der Leistungsstörung vorgesehen.
- Sofern der Gewährleistungsbehelf der **Verbesserung** im Vertrag nicht überhaupt ausgeschlossen wird, steht dem Verkäufer im Anschluss an die Mitteilung des Mangels eine kurz bemessene Frist zur Verfügung, um den Anspruch zu prüfen und die Leistungsstörung zu beheben.
- Ist Verbesserung überhaupt ausgeschlossen oder wird eine solche vom Verkäufer innerhalb der dafür vorgesehenen Frist nicht vorgenommen, hat der Käufer Anspruch auf unmittelbaren **monetären Ausgleich**.

Wesentlich ist, dass die Fristen und fristauslösenden Ereignisse bzw Maßnahmen sowie der gesamte Verfahrensablauf klar und möglichst unkompliziert geregelt sind. Denn nur so kann im Interesse beider Parteien ein zügiges und effizientes Verfahren gewährleistet werden.

a) Mitteilung

In diesem Zusammenhang ist nicht nur zu regeln, welche **Frist** für die Mitteilung zur Verfügung steht, welche Rechtsfolgen an die Fristversäumnis geknüpft sind und in welcher Form die Mitteilung zu erfolgen hat, sondern auch welchen notwendigen Inhalt die Mitteilung aufweisen muss.

Die Frist läuft **ab Kenntnisnahme** des Erwerbers von den Umständen, die zu einem Gewährleistungsanspruch berechtigen. Hinsichtlich der Länge der Frist werden in etwa **drei Monate** regelmäßig ausreichend sein.

Die Form betreffend sollte **Schriftlichkeit** vorgesehen sein, und es sollte auch geregelt werden, wann die Mitteilung als wirksam **zugegangen** anzusehen ist. Hierfür empfiehlt es sich, in den Schlussbestimmungen eine eigene Klausel vorzusehen, die regelt, an welche Adresse, in welcher Form und in welcher Weise Mitteilungen und Erklärungen zu übermitteln und wann sie als zugegangen anzusehen sind (s hierzu Punkt 4.8.6).

Inhaltlich sollte die Mitteilung ausreichend **substantiiert** die dem Mangel zugrundeliegenden Umstände darlegen, sodass der Verkäufer die Möglichkeit hat, den Sachverhalt zu prüfen und eine Verbesserung vorzunehmen.

Als **Rechtsfolge** für die Versäumnis, innerhalb der vereinbarten Frist Mitteilung an den Veräußerer zu erstatten, empfiehlt sich, vorzusehen, dass der Erwerber seiner Ansprüche nur insoweit verlustig wird, als sich jene seit Ablauf der Frist erhöht haben⁹⁹¹.

Um eine außergerichtliche Einigung zu begünstigen, kann auch vereinbart werden, dass die Verjährungsfrist ab der substantiierten Mitteilung durch den Käufer für einen gewissen Zeitraum (etwa zwei bis drei Monate) **gehemmt** ist⁹⁹².

Sample Clause:

*“If the Purchaser **becomes aware** of circumstances that may give rise to a Warranty Claim, he shall within **three months** give **notice in writing** to the Seller (“**Warranty Claim Notice**”) setting out in **reasonable detail** such information readily available to the Purchaser as is reasonably necessary to enable the Seller to assess the merits of the Warranty Claim and to act to preserve evidence.*

***Failure** to give such Warranty Claim Notice within the aforementioned period **shall not prejudice** the Purchaser except to the extent that the Seller’s liability would thereby be increased.”*

b) Frist für Verbesserung

Nach Zugang der Mitteilung des Gewährleistungsfalles durch den Käufer hat der Verkäufer – sofern Verbesserung überhaupt in Betracht kommt – eine Frist zur Verfügung, um eine Verbesserung bzw Naturalrestitution vorzunehmen und damit den Mangel zu beseitigen.

Beispiel⁹⁹³:

*„Im Fall der Verletzung einer in diesem Vertrag abgegebenen Gewährleistung (“**Mangel**”) hat der Käufer den Verkäufer über den Mangel zu informieren und ihn aufzufordern, den Käufer **so zu stellen, als bestünde der gewährleistete Sachverhalt** bzw das gewährleistete Rechtsverhältnis (**Naturalrestitution**).*

Sample Clause:

*“Upon receipt of a Warranty Claim Notice, the Seller shall, without undue delay, however, **within a period not exceeding two months**, put the Purchaser, the Company and/or the Subsidiaries respectively, **in such position** as the Purchaser, the Company and/or the Subsidiaries would have been had the statement pursuant to Clause [●] been true, accurate, complete and not misleading in every respect (“**Restitution in Kind**”).”*

⁹⁹¹ Dies entspricht seiner Schadensminderungsobliegenheit.

⁹⁹² Siehe soeben Punkt 4.8.1c).

⁹⁹³ Vgl Kletter in Hausmaninger/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch I, 112.

c) Geldersatz

Subsidiär wird dem Erwerber ein Anspruch auf Geldersatz eingeräumt, wenn entweder die **Naturalrestitution unmöglich oder unzumutbar** ist oder vom Veräußerer nicht innerhalb der vorgesehenen **Frist** (angemessen sind etwa ein bis zwei Monate) vorgenommen wird.

Um nicht unnötig Zeit zu verlieren, kann zusätzlich vereinbart werden, dass der Veräußerer innerhalb einer kürzeren Frist mit der Verbesserung zumindest **begonnen** haben muss, andernfalls dem Erwerber bereits Geldersatz zusteht.

Auch der Fall, dass die Verbesserung **für den Erwerber unzumutbar** ist (zB wegen erheblichen Vertrauensverlusts) sollte in der Regelung als Tatbestand für sofortigen Geldersatz vorgesehen werden.

Beispiel⁹⁹⁴:

*„Stellt der Verkäufer die Naturalrestitution nicht binnen einer Frist von [●] her oder ist die Naturalrestitution untunlich oder unmöglich, so kann der Käufer nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Vertrages ausschließlich eine **Preisminderung** geltend machen.“*⁹⁹⁵

Sample Clause: **Monetary Restitution**

“If the Seller

*(i) notifies the Purchaser within 15 Business Days upon receipt of the Warranty Claim Notice that he is **not in a position** to or it is **unreasonable** for him to perform restitution in kind or*

*(ii) **fails to commence** providing restitution in kind pursuant to Clause [●] within 15 Business Days upon receipt of the Warranty Claim Notice or*

*(iii) thereafter **fails to provide** restitution in kind pursuant to Clause [●] within two months, such event shall constitute a “**Monetary Restitution Event**”.*

*A Monetary Restitution Event shall be deemed to have **partially** occurred if restitution in kind partially proves to be insufficient to put the Purchaser, the Company and/or the Subsidiary respectively in such position as he/it would have been had the Warranties been true, accurate, complete and not misleading in every respect.”*

In case of a Monetary Restitution Event, the Purchaser shall in its absolute discretion either

*(a) **claim payment** of the amount of the **Loss** or*

*(b) be entitled to **(re)establish the represented or warranted or guaranteed status at the expense of the Seller.**”*

4.8.4 Streitbeilegung / Dispute Resolution Mechanism

Wird vom Veräußerer die Mangelhaftigkeit bestritten und weder eine Verbesserung vorgenommen noch Geldersatz geleistet, und kommt es zum Streitfall, so erweist es sich in

⁹⁹⁴ Vgl Kletter in Hausmaninger/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch I, 112.

⁹⁹⁵ Die Wandlung ist ausgeschlossen; zu denken ist allerdings an gewisse Ausnahmen, in denen eine Wandlung sinnvoll ist.

der Praxis regelmäßig als sinnvoll und konstruktiv, wenn der Vertrag auch dazu Regelungen enthält.

Zum einen sind Regelungen hilfreich, die zunächst eine **außergerichtliche Streitbeilegung** erleichtern. Institutionalisierte außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen haben den Vorteil, dass die Parteien weiterhin miteinander kommunizieren und eine außergerichtliche Einigung versuchen müssen, bevor sie in ein Streitiges Verfahren ziehen. Dadurch kann manchmal eine vorzeitige Verhärtung der Fronten verhindert und eine einvernehmliche Lösung erreicht werden. Die Institutionalisierung kann dabei verschieden intensiv ausgestaltet werden, die Möglichkeiten reichen von informellen Gesprächen bis hin zu einem Mediationsverfahren.

Zum anderen sollte bei Scheitern einer außergerichtlichen Lösung im Streitigen Verfahren die möglichst rasche, effiziente und kostengünstige Anspruchsdurchsetzung gewährleistet werden. Zu diesem Zweck wird in der Praxis häufig das **Schiedsverfahren** gewählt. Wählen die Parteien den Weg über die **ordentliche Gerichtsbarkeit**, sollte zumindest an die mögliche Vorteilhaftigkeit einer **Gerichtsstandsklausel** gedacht werden.

a) Außergerichtliche Streitbeilegung / Amicable Handling

Als konstruktiv erweist sich in vielen Fällen bereits eine einfache und weitgehend informelle Regelung, die beide Parteien dazu verpflichtet, sich informell weiterhin miteinander auseinanderzusetzen, zu beraten und die Interessen der Gesellschaft sowie jene der anderen Partei mit zu berücksichtigen.

Sample Clause: **Amicable Handling**

“The Parties agree that in the handling, negotiating and settling of Warranty Claims and any other claims under this Agreement, the Parties shall

*(a) furnish each other with the relevant **information** available on an ongoing basis,*

*(b) **consult** in good faith and*

*(c) take into account the reasonable **interests of the Company**, the respective Subsidiary and the respective **other Party**.”*

Eine Verstärkung der Bindung an einen außergerichtlichen Einigungsversuch kann bereits dadurch erfolgen, dass mit den informellen Beratungen zwischen den Parteien eine **Frist** verknüpft ist, wobei erst nach deren Ablauf die Einbringung einer Klage zulässig ist.

b) Beiziehung eines unabhängigen Dritten

Eine **stärkere Institutionalisierung**, bereits im Sinne eines eigenen einfachen Verfahrens, kann erreicht werden, indem die Parteien ihren Verhandlungen einen **unabhängigen Dritten** beiziehen müssen. Dieser Dritte kann nach Wahl der Parteien **Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer oder Mediator** sein.

Auch wenn die Parteien einer derartigen Regelung aufgrund der zusätzlichen Formalisierung des Verfahrens manchmal zuerst gewisse Skepsis entgegenbringen, haben sich derartige Mechanismen häufig als konstruktiv und erfolgreich dabei erwiesen, den Streit vorab beizulegen und langwierige und kostspielige Verfahren zu vermeiden.

Die Erfahrung zeigt, dass Gewährleistungsstreitigkeiten im Bereich des Unternehmenskaufes in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle in einem Vergleich enden. Dies sollte den Parteien sowie den Vertragsverfassern bereits bei Abschluss des Vertrages bewusst sein. Eine vertragliche Regelung, die die Herbeiführung einer vergleichsweisen Streitbereinigung von vornherein begünstigt und in einem möglichst frühen Stadium, im besten Fall noch vor der Einleitung eines zeit- und kostspieligen Gerichts- oder Schiedsverfahrens, ermöglicht, stellt damit für sämtliche Parteien einen erheblichen Vorteil dar. In zeitlicher, finanzieller und emotionaler Hinsicht. Ein Vergleich ist für alle beteiligten Parteien umso günstiger, je früher er geschlossen wird.

c) Mediation (*alternative dispute resolution* – ADR)

Mediation ist eine professionelle Technik zur einvernehmlichen, friedlichen und selbstbestimmten außergerichtlichen Lösung von Konflikten. Nicht nur das anstehende Problem sondern auch die langfristigen kommerziellen und persönlichen Interessen beider Streitparteien werden miteinbezogen⁹⁹⁶.

Der **Mediator** ist ein **neutraler**, unparteilicher Dritter, der den Parteien neue und zukunftsorientierte Kommunikationswege aufzeigt und im Konflikt vermittelt. Er fällt keine Entscheidung – anders als der Richter oder Schiedsrichter –, sondern der Konflikt wird durch eine **Vereinbarung zwischen den Parteien** beigelegt.

Musterklausel: Mediation und Schiedsverfahren ICC⁹⁹⁷

*„Die Parteien vereinbaren, im Falle von Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem gegenwärtigen Vertrag, ein **Streitbeilegungsverfahren nach den ICC-ADR-Regeln** durchzuführen. Werden die Streitigkeiten nicht innerhalb einer Frist von **45 Tagen** ab dem Tag des Einreichens des Antrags auf Durchführung eines ADR-Verfahrens oder innerhalb einer von den Parteien schriftlich abgeänderten Frist gemäß den ICC-ADR-Regeln beigelegt, werden diese Streitigkeiten nach der **Schiedsgerichtsordnung der ICC** von einem oder mehreren gemäß dieser Ordnung ernannten Schiedsrichtern endgültig entschieden.“*

Sample Clause: ADR and Arbitration ICC

*„In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties agree to submit the matter to **settlement proceedings under the ICC ADR Rules**. If the dispute has not been settled pursuant to the said Rules within **45 days** following the filing of a Request for ADR or within such other period as the parties may agree in writing, such dispute shall be finally settled under the **Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce** by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules of Arbitration.“*

d) Schiedsverfahren

Schiedssprüche haben gegenüber gerichtlichen Entscheidungen den großen Vorteil, dass sie häufig besser durchsetzbar sind, da die **New Yorker Konvention**⁹⁹⁸ eine weitreichende

⁹⁹⁶ Beschreibung der Mediation durch die Internationale Handelskammer.

⁹⁹⁷ Musterklausel für eine Mediations- und Schiedsvereinbarung der Internationalen Handelskammer (<http://www.icc-austria.org>).

zwischenstaatliche **Anerkennung und Vollstreckung** ermöglicht (s dazu auch Punkt 4.8.4e)).

Betreffend die **Verfahrenskosten** haben institutionelle Schiedsgerichte regelmäßig feste Kostensätze, die vom Streitwert abhängen⁹⁹⁹. Bei ad-hoc Schiedsgerichten bedarf die Vergütung einer Vereinbarung zwischen Schiedsrichter(n) und Parteien. Schiedsordnungen enthalten auch meist keine Regelung über die Kostenersatzpflicht. Die endgültige Kostentragung ist daher vorweg zwischen den Parteien zu vereinbaren. Mangels einer solchen Vereinbarung entscheidet darüber das Schiedsgericht.

Ein wesentlicher Vorteil eines Schiedsverfahrens liegt in der **Vertraulichkeit**, da weder das Verfahren öffentlich abgehandelt wird noch der Schiedsspruch veröffentlicht wird. Dadurch kann ein besonderer Schutz für Geschäftsgeheimnisse bewirkt werden¹⁰⁰⁰. In der Praxis wird zur optimalen Absicherung eine separate Vertraulichkeitsvereinbarung hinsichtlich des Schiedsverfahrens empfohlen¹⁰⁰¹.

Weiters besteht Gestaltungsspielraum und Flexibilität bei der **Auswahl der Schiedsrichter**. Dies ist von Vorteil, wenn Spezialkenntnisse erforderlich sind. So kann zB auch die Nationalität frei gewählt werden. Ebenso ob der Richter einen *civil law*- oder *common law*-Hintergrund aufweist¹⁰⁰². Die Anzahl der Schiedsrichter sollte entweder **eins oder drei** betragen.

Auch die zu verwendende **Sprache** sollte vorab vereinbart werden. Die Möglichkeit, durch die Schiedsvereinbarung die Verfahrenssprache der Vertragssprache anzupassen, bewirkt eine wesentliche Verfahrensbeschleunigung und Kostenersparnis gegenüber dem Verfahren vor staatlichen Gerichten¹⁰⁰³.

Hinsichtlich der **Verfahrensdauer** kann zwar aufgrund der Individualität jedes Verfahrens keine generelle Aussage getroffen werden¹⁰⁰⁴, doch haben die Parteien im Rahmen der Schiedsvereinbarung die Möglichkeit, das Schiedsverfahren zu straffen bzw zu verkürzen (*„fast track approach“*)¹⁰⁰⁵. Eine wesentliche Verkürzung der Verfahrensdauer und damit verbunden eine Kostenersparnis ergibt sich jedoch aus dem Umstand, dass für Schiedssprüche grundsätzlich **kein Instanzenzug** besteht. Vielmehr ist lediglich die Anfechtung des

⁹⁹⁸ New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958, BGBl 200/1961.

⁹⁹⁹ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 123.

¹⁰⁰⁰ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 125.

¹⁰⁰¹ Kutschera in Torggler, Schiedsgerichtsbarkeit: Praxishandbuch 45.

¹⁰⁰² I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 126.

¹⁰⁰³ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 130.

¹⁰⁰⁴ Kutschera in Torggler, Schiedsgerichtsbarkeit: Praxishandbuch 46.

¹⁰⁰⁵ I. Welser/Klauegger in Klauegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/I. Welser/Zeiler, Austrian Arbitration Yearbook 2009, 259.

Schiedsspruchs vor staatlichen Gerichten¹⁰⁰⁶ oder die Bekämpfung im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren¹⁰⁰⁷ möglich.

Musterschiedsklausel WKÖ¹⁰⁰⁸:

*„Alle Streitigkeiten, die sich aus diesem Vertrag ergeben oder auf dessen Verletzung, Auflösung oder Nichtigkeit beziehen, werden nach der Schieds- und Schlichtungsordnung des Internationalen Schiedsgerichts der **Wirtschaftskammer Österreich** in Wien (**Wiener Regeln**) von einem oder mehreren gemäß diesen Regeln ernannten Schiedsrichtern endgültig entschieden. [Zweckmäßige Ergänzung:] Die Anzahl der Schiedsrichter beträgt (eins oder drei). Es ist (●) Recht anzuwenden. Die im Schiedsverfahren zu verwendende Sprache ist (●).“*

Sample Arbitration Clause WKÖ English:

*“All disputes arising out of this contract or related to its violation, termination or nullity shall be finally settled under the Rules of Arbitration and Conciliation of the **International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber** in Vienna (**Vienna Rules**) by one or more arbitrators appointed in accordance with these Rules. [Appropriate supplementary provisions:] The number of arbitrators shall be (one or three). The substantive law of (●) shall be applicable. The language to be used in the arbitral proceedings shall be (●).”*

Musterschiedsklausel ICC¹⁰⁰⁹:

„Alle aus oder in Zusammenhang mit dem gegenwärtigen Vertrag sich ergebenden Streitigkeiten werden nach der Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer von einem oder mehreren gemäß dieser Ordnung ernannten Schiedsrichtern endgültig entschieden.“

Sample Arbitration Clause ICC English:

"All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules."

Sample Arbitration and Mediation Clause ICC:

*“In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties agree to submit the matter to **settlement proceedings under the ICC ADR Rules**. If the dispute has not been settled pursuant to the said Rules within **45 days** following the filing of a Request for ADR or within such other period as the parties may agree in writing, such dispute shall be finally settled under the **Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce** by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules of Arbitration.”*

¹⁰⁰⁶ Aufhebungsklage gem § 611 ZPO; die Aufhebungsgründe sind allerdings sehr eingeschränkt: insb Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung, ordre public.

¹⁰⁰⁷ § 617 ZPO.

¹⁰⁰⁸ Empfohlene Standardklausel des internationalen Schiedsgerichts der Wirtschaftskammer Österreich.

¹⁰⁰⁹ Empfohlene Standardklausel der Internationalen Handelskammer.

Darüber hinaus empfiehlt sich die Vereinbarung, dass – ungeachtet der Schiedsklausel – **einstweilige Verfügungen** im ordentlichen Rechtsweg erwirkt werden können.

Beispiel:

*„Die Parteien sind ungeachtet vorstehender Schiedsklausel berechtigt, **einstweiligen Rechtsschutz** vor dem jeweils zuständigen staatlichen Gericht zu beantragen.“*

Sample Clause:

*“Notwithstanding the aforementioned arbitration clause, each Party shall, in addition to all other remedies available under this Agreement, be entitled to request **injunctive relief** at the ordinary courts of competent jurisdiction.”*

Ist die Wirksamkeit einer Schiedsklausel strittig, so entscheidet zunächst das Schiedsgericht selbst über seine Zuständigkeit. Der Schiedsspruch kann dann vor den staatlichen Gerichten angefochten werden und ist aufzuheben, wenn die Schiedsklausel unwirksam ist. Die Anfechtung ist vor jedem Gericht möglich, vor dem nach der EuGVVO¹⁰¹⁰ eine Zuständigkeit begründet werden kann¹⁰¹¹.

e) Gerichtsstandsklausel

Insb bei grenzüberschreitenden Transaktionen ist es für die Parteien ganz entscheidend, zu überlegen, in welcher Jurisdiktion ein allfälliges Gerichtsverfahren zu führen sein wird. Hierbei sind zunächst die **gesetzlichen Zuständigkeitsregeln** zu beachten und zu beurteilen, ob die gesetzliche Zuständigkeitsordnung in örtlicher sowie sachlicher Hinsicht den Interessen der Parteien entspricht. In diesem Zusammenhang sind auch praktische Gegebenheiten, wie etwa die durchschnittliche Verfahrensdauer in dem jeweiligen Land, zu bedenken. Hinsichtlich der **Verfahrensdauer** ist auch die getroffene **materielle Rechtswahl** von entscheidender Bedeutung.

Doch ist die Frage der Verfahrensdauer sowie sonstiger praktischer Gegebenheiten nicht ausschließlich relevant. Mindestens genauso wenn nicht noch entscheidender ist der Aspekt der **Vollstreckung**. Denn in letzter Konsequenz einzig und allein entscheidend ist, ob und wie effizient der (oft mühsam, langwierig und kostspielig) durchgesetzte Anspruch realisiert werden kann. Die schönste klagsstattgebende Entscheidung nützt dem Erwerber überhaupt nichts, wenn er sie nicht in jenem Staat vollstrecken kann, wo es für ihn sinnvoll ist (zB bei einer Klage auf Geldleistung dort, wo die Gegenpartei über Vermögen verfügt). Daher ist in einem ersten Schritt danach zu fragen, **in welcher Jurisdiktion** der erwirkte Titel zu vollstrecken sein wird. Und erst in einem zweiten Schritt stellt sich dann die Frage, wo zweckmäßiger Weise das Verfahren geführt werden sollte.

¹⁰¹⁰ EG-Verordnung Nr. 44/2001, Verordnung des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO, EuGVO oder Brüssel-I-Verordnung) vom 22. Dezember 2000, in Kraft getreten am 1. März 2002.

¹⁰¹¹ EuGH 10.2.2009 C-185/07, *Allianz SpA/West Tankers Inc*, wbl 2009, 187.

Dabei sind zwischenstaatliche Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Titel, sowie im europäischen Kontext die EuGVVO¹⁰¹², hinsichtlich Island, Norwegen und der Schweiz das LGVÜ¹⁰¹³, entscheidend. Die Vollstreckbarkeit österreichischer Entscheidungen in anderen Staaten bzw die Vollstreckbarkeit anderer ausländischer Entscheidungen in Österreich ist sehr unterschiedlichen Regelungen¹⁰¹⁴ unterworfen, sodass in diesem Bereich große Unsicherheit herrscht¹⁰¹⁵.

Eine **Schiedsvereinbarung** bietet demgegenüber große Vorteile im Zusammenhang mit außereuropäischen Staaten, bei denen die Durchsetzbarkeit gerichtlicher Entscheidungen unsicher ist: Schiedssprüche sind nach der **New Yorker Konvention**¹⁰¹⁶ weitreichend einer zwischenstaatlichen Anerkennung und Vollstreckung zugänglich¹⁰¹⁷.

4.8.5 Beweislast

Hinsichtlich des **Zeitpunktes der Mangelhaftigkeit** kann es je nach Umfang der durchgeführten Due Diligence gerechtfertigt sein, abweichend von § 924 ABGB dem Käufer die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass der Mangel bereits zum relevanten Zeitpunkt (regelmäßig *Signing*, etwa zusätzlich *Closing*) vorlag. In einem solchen Fall sollte der Käufer in Erwägung ziehen, eine *Post Acquisition Due Diligence* durchzuführen, um Mängel möglichst frühzeitig aufzudecken.

Da es sich bei der Frage, ob der **Erwerber Kenntnis** von einem bestimmten Mangel hatte oder darüber fahrlässig in Unkenntnis war, um ein anspruchsvernichtendes Sachverhaltselement handelt, trägt hierfür nach allgemeinen Regeln der Veräußerer die **Beweislast**. Dadurch wird der Gewährleistungsausschluss etwas abgeschwächt. Eine klarstellende Regelung über die **Beweislast** ist dennoch sinnvoll. Die entsprechende **Dokumentation des Informationsflusses** liegt daher im besonderen Interesse des Veräußerers.

Sample Clause:

“The Seller shall not be liable for a Warranty Claim, whereby the Seller shall bear the burden of proof (Beweislast), if and to the extent

¹⁰¹² EG-Verordnung Nr. 44/2001, Verordnung des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO, EuGVO oder Brüssel-I-Verordnung) vom 22. Dezember 2000, in Kraft getreten am 1. März 2002. Die EuGVVO ersetzt das bis dahin als völkerrechtlicher Vertrag geltende Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ).

¹⁰¹³ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, geschlossen in Lugano am 16. September 1988; BGBl 448/1996.

¹⁰¹⁴ Für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Titel in Österreich normiert § 79 EO die Voraussetzungen.

¹⁰¹⁵ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 121.

¹⁰¹⁶ New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958, BGBl 200/1961.

¹⁰¹⁷ Zum Schiedsverfahren s bereits Punkt 4.8.44.8.4d).

*(a) the facts and circumstances forming the basis of the Warranty Claim was **known by the Purchaser** on the date of Signing, whereby (i) the Purchaser's knowledge shall be the knowledge and any lack of knowledge due to gross negligence of the persons enumerated in Exhibit [●], and (ii) any written information evidently disclosed in the Data Room or in the Exhibits to this Agreement is deemed to be known by the Purchaser;*

*(b) the facts and circumstances forming the basis of the Warranty Claim arise wholly or partially as a result of (i) an **act or omission of the Purchaser** after the Signing Date or (ii) coming into force of or any **change in legal provisions** after the Signing Date (whether or not having retrospective effect)."*

4.8.6 Mitteilungen

Ganz entscheidend für eine klare und effiziente Verfahrensregelung ist es, möglichst präzise festzulegen, an welche Adresse und in welcher Weise Zustellungen von **Mitteilungen** (Wissens- und Willenserklärungen) einer Partei an die andere Partei zu erfolgen haben. Eine solche Regelung sollte den Parteien tunlichst keine Möglichkeit lassen, die Wirksamkeit von Mitteilungen (insb im Zusammenhang mit Fristen!) durch Vereitelung der Zustellung zu verhindern.

Zu diesem Zweck empfiehlt sich eine Regelung über eine **Zugangsfiktion**, wenn der Absender gewisse Maßgaben einhält. Bspw kann vereinbart werden, dass die Mitteilung drei Werktage nach dem Absenden an die vorweg im Vertrag definierte Adresse als zugegangen gilt. Dies bedeutet, dass der Erklärungsempfänger das **Risiko des Postweges** trägt. Dieses Risiko kann jedoch dadurch minimiert werden, dass jede Erklärung eingeschrieben oder per Botendienst zu erfolgen hat. Für Erklärungen per Telefax kann der Zugang an die Sendebestätigung geknüpft werden.

Soll für sämtliche Mitteilungen ein **Schriftlichkeitserfordernis** gelten, wie es zweckmäßig erscheint, so sollte klargestellt werden, ob auch Mitteilungen per **e-Mail** oder **Telefax** zulässig sind.

Zu überlegen ist weiters, ob für die **Einhaltung von Fristen** der **rechtzeitige Zugang** der Mitteilung oder deren **Absendung** am letzten Tag der Frist ausreichend sein soll. Das Gesetz unterscheidet diesbezüglich zwischen materiellen und verfahrensrechtlichen Fristen, wobei Gewährleistungsfristen grundsätzlich **materiellrechtliche Fristen** sind, bei denen der **Zugang** innerhalb offener Frist zu erfolgen hat. Hier handelt es sich zwar im weiteren Sinn um eine Gewährleistungsfrist, gleichzeitig jedoch um eine vertraglich vereinbarte Verfahrensregelung. Es sollte daher eine klarstellende Regelung im Vertrag getroffen werden. Im Sinne einer Zugangsfiktion erscheint es sinnvoll, entweder überhaupt an das Absenden innerhalb offener Frist anzuknüpfen oder den Zugang drei Werktage auf das Absenden folgend unwiderleglich zu vermuten. Im letzteren Fall müsste die Mitteilung spätestens drei Tage vor Ablauf der Frist abgesendet werden.

Jede Partei sollte im Vertrag vorab eine **Adresse bekanntgeben**, an die Mitteilungen zu senden sind. **Adressänderungen** des Erklärungsempfängers sollten für den Absender nur dann relevant sein, wenn sie diesem zuvor schriftlich, eingeschrieben und unter Bezugnahme auf die betreffende Vertragsklausel mitgeteilt wurden.

Sample Clause: **Notices**

“Any notice required or permitted in the context of this Agreement or by law (a “**Notice**”) shall be given **in writing** and **shall be deemed to have been duly given**

(a) if delivered personally, or

(b) three Business Days after having been sent by reputable **courier service** (such as DHL, UPS or the like), or

(c) if sent by **facsimile or e-mail** with transmission confirmation or delivery receipt obtained, or

(d) five Business Days after having been sent by registered mail, postage prepaid

in case of transmission pursuant to Section (b) through (d) to the **address** of the recipient provided below:

If to the Seller:

[company name]

[company address]

[fax number, e-mail]

If to the Purchaser:

[company name]

[company address]

[fax number, e-mail]

or to such **other address** that the relevant Party has specified in writing to the other Party in accordance with the provisions of this Section and with explicit reference to this Section.”

4.9 Sonstige Regelungen

4.9.1 Mehrzahl von Verkäufern

Erwirbt der Käufer Anteile von mehreren Verkäufern, liegt eine **gesamtschuldnerische Haftung** aller Verkäufer für sämtliche Ansprüche klar in seinem Interesse.

Eine solche Solidarhaftung ist allerdings in der Praxis häufig nicht durchsetzbar und in manchen Fällen auch nicht sachgerecht¹⁰¹⁸. Bspw kann es im Bereich der **Anteilsängel**¹⁰¹⁹ angemessen sein, dass jeder Verkäufer nur für Mängel seines jeweiligen Anteils haftet. Darüber hinaus wird es auch auf die tatsächlichen und rechtlichen Einflussmöglichkeiten des jeweiligen Veräußerers auf die Gesellschaft ankommen, inwieweit er die volle Verantwortung für die Gewährleistungszusagen übernehmen kann oder will. Sind bspw manche Verkäufer Minderheitsgesellschafter ohne wesentliche Einflussmöglichkeit auf bzw ohne Interesse an den Angelegenheiten der Geschäftsführung, so kann eine Haftung nur für die jeweilige **Beteiligungsquote** angemessen sein.

Sind die Verkäufer hingegen untereinander **familiär** verbunden, sind Möglichkeiten von Vermögensverschiebungen zu beachten. Hier hat der Käufer daher ein besonderes Interesse, eine gesamtschuldnerische Haftung durchzusetzen. Dies auch im Hinblick darauf, dass zu erwarten ist, dass die Verkäufer intern stärker bemüht sein werden, eine Verbesserung bzw Streitbeilegung gegenüber den anderen ehemaligen Mitgesellschaftern durchzusetzen.

¹⁰¹⁸ So etwa *Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 618.

¹⁰¹⁹ Siehe Punkt 1.5.1.

Sind im Klauselkatalog *best knowledge*-Zusagen¹⁰²⁰ enthalten, so ist zu überlegen, ob den Verkäufern eine **wechselseitige Wissenszurechnung** zugemutet werden kann. Bei Minderheitsgesellschaftern kann dies problematisch sein. Jedenfalls erforderlich ist eine **Definition**, was unter dem „Wissen des Verkäufers“ zu verstehen ist. Ein gangbarer Kompromiss scheint eine **wechselseitige Wissenszurechnung** im Abtausch gegen eine **anteilige Haftung** der Minderheitsgesellschafter nach ihren Beteiligungsquoten zu sein.

Sample Clause:

“Seller’s Knowledge means the knowledge of either Seller 1 or Seller 2¹⁰²¹ being attributed to all Sellers.

*Each of Seller 1 and Seller 2 shall be severally and jointly liable for any liability arising out of or in the context with this Agreement, whereas the liability of each Seller 3 and Seller 4 shall be **limited pro-rata** to their respective portion in the Shares.”*

Weiters ist zu überlegen, wie Mitteilungen gemacht und Rechte ausgeübt werden sollen.

Hinsichtlich **Mitteilungen und Willenserklärungen** des Käufers an die Verkäufer (zB Mitteilung der Mangelhaftigkeit) sollte im Interesse des Käufers vorgesehen werden, dass die Mitteilung bzw Willenserklärung gegenüber sämtlichen Verkäufern zu erfolgen hat, jedoch bereits wirksam ist, wenn sie an einen **namentlich bezeichneten Verkäufer** erfolgt, der als **passiver Stellvertreter** für die anderen auftritt.

Sample Clause:

“Any notice or declaration of the Purchaser to any of the Sellers shall be effective upon receipt and shall be deemed to have been received if delivered to Seller 1.”

Hinsichtlich der Ausübung von Rechten der Verkäufer gegenüber dem Käufer sollte klargestellt werden, dass die **Verkäufer sämtliche Rechte nur gemeinschaftlich** ausüben können¹⁰²².

4.9.2 Sicherung des Geldersatzanspruchs des Käufers

Weiters ist zu überlegen, ob und wie der Geldersatzanspruch des Käufers abgesichert werden soll. In der Praxis bewährt hat sich die **Zurückbehaltung eines Teils des Kaufpreises** bzw die Hinterlegung dieses Teils bei einem **Treuhänder** unter Festlegung der Auszahlungsvoraussetzungen im Treuhandvertrag.

Besteht der Veräußerer auf die sofortige vollständige Zahlung des Kaufpreises, kann der Erwerber die Ausstellung einer **Bankgarantie** verlangen, um seinen Rückforderungsanspruch abzusichern.

¹⁰²⁰ Siehe Punkt 3.3.4.

¹⁰²¹ Dh der beiden Hauptgesellschafter (und bisherigen Geschäftsführer).

¹⁰²² ZB Verzicht auf einzelne aufschiebende Bedingungen, Geltendmachung von Ansprüchen wegen Verletzung einer Gewährleistungszusage des Käufers.

4.9.3 Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts hinsichtlich des Kaufpreises

Der Erwerber hat grundsätzlich das Recht, den gesamten (noch ausständigen) Kaufpreis bis zur vollständigen Erfüllung, dh bei Gewährleistungsansprüchen bis zur Erfüllung zB der Verbesserung, zurückzuhalten (**Einrede des nicht oder des nicht gehörig erfüllten Vertrages**; § 1052 ABGB). Seine Grenze findet dieses Zurückbehaltungsrecht lediglich bei der Schikane¹⁰²³.

Um den Veräußerer wirtschaftlich zu entlasten, kann zu seinen Gunsten das Zurückbehaltungsrecht gem § 1052 ABGB ausgeschlossen werden. Alternativ dazu kann der treuhändige Erlag des gesamten Vertrages vorgesehen werden, wobei dem Treuhänder untersagt wird, bei Mängeln Teile des Kaufpreises zurückzubehalten¹⁰²⁴.

4.9.4 *Indemnities and Warranties Insurance*

Möchte der Veräußerer eine sofortige Auszahlung des gesamten Kaufpreises erlangen und im Gegenzug jedoch keine Bankgarantie zur Sicherung von Gewährleistungsansprüchen des Käufers zur Verfügung stellen, besteht auch die Möglichkeit, das Gewährleistungsrisiko überhaupt auf einen Dritten auszulagern und eine Gewährleistungsverversicherung abzuschließen (sog *indemnities and warranties insurance*)¹⁰²⁵. Auch in Bereichen, in denen Risiken für beide Seiten schwer abschätzbar sind, wie zB der Umwelthaftung, ist eine entsprechende Versicherung sinnvoll¹⁰²⁶.

Eine derartige Versicherung hat den Zweck, insb zwei Risiken abzudecken: zum einen das **Prozessrisiko** und zum anderen das **Insolvenzrisiko** des Veräußerers¹⁰²⁷.

Ist der Verkäufer Versicherungsnehmer, so steht ihm im Falle seiner Haftung gegenüber dem Käufer ein Anspruch gegen den Versicherer zu. Dieser **Deckungsanspruch** kann an den Käufer **abgetreten** werden, sodass dieser einen Direktanspruch gegen den Versicherer erlangt. Ist der Käufer selbst Versicherungsnehmer, so erwirbt er unmittelbar einen Anspruch gegen den Versicherer. Durch die Versicherung wird die Durchsetzung des Anspruchs für den Käufer erleichtert.

Der Vorteil für den Veräußerer besteht darin, dass er sein Risiko begrenzen kann (auf den Selbstbehalt gemäß dem Versicherungsvertrag). Im Fall eines Regressverzichts trägt das Gewährleistungsrisiko letztlich der Versicherer, der sich beim Veräußerer nach Zahlung an den Käufer nicht regressieren kann¹⁰²⁸.

¹⁰²³ I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 28 mit Verweis auf OGH 6 Ob 564/90 ecolex 1991, 24; Puck, Der Unternehmenskauf 83.

¹⁰²⁴ Siehe dazu I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 28.

¹⁰²⁵ Metz, NJW 2010, 813.

¹⁰²⁶ Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 732.

¹⁰²⁷ Grossmann/Mönnich, NZG 2003, 708 f.

¹⁰²⁸ Grossmann/Mönnich, NZG 2003, 710.

Aus Sicht des Käufers wesentlich ist, sicherzustellen, dass auch bei arglistig verschwiegenen Mängeln ein Deckungsschutz besteht.

Die Prämie wird meist vom Verkäufer bezahlt, auch wenn der unmittelbare Begünstigte aus der Versicherung der Käufer ist.

Wenn der Versicherer keine eigene Due Diligence durchführt¹⁰²⁹, lässt er sich den Due Diligence-Report des Käufers vorlegen und bewertet sein Risiko anhand dieser Unterlage. Entscheidend ist dann, ob und inwieweit nach den Versicherungsbedingungen der Käufer für die Vollständigkeit und Richtigkeit des Reports einstehen muss.

4.9.5 Rechtsfolgen bei Verletzung von Zusagen des Käufers

Gibt der Käufer selbst Zusagen dafür ab, dass in seiner Sphäre gewisse Umstände vorliegen oder nicht vorliegen¹⁰³⁰, so darf nicht vergessen werden, auch hier Rechtsfolgen vorzusehen. Meistens ist diesbezüglich ausreichend, zu vereinbaren, dass die Rechtsfolgenregelung betreffend die Gewährleistungszusagen des Verkäufers **analog** zur Anwendung kommen sollen.

4.9.6 Rechtsfolgen bei Verstoß gegen Covenants

Werden vom Verkäufer zwischen *Signing* und *Closing* schlichte vertragliche Handlungspflichten¹⁰³¹ verletzt, so besteht gesetzlich neben dem Anspruch auf Erfüllung ein verschuldensabhängiger Schadenersatzanspruch, der auf das Erfüllungsinteresse gerichtet ist.

Vertraglich kann nun vereinbart werden, dass der Verkäufer **unabhängig von einem Verschulden** für die Erfüllung der Handlungspflicht einzustehen hat. Dies entspricht jedoch meist nicht dem Willen der Parteien.

Häufig wird auf die Rechtsfolgen bei Gewährleistungsverstoß verwiesen. Hierbei ist im Interesse des Verkäufers darauf zu achten, ob dort Verschuldensunabhängigkeit hinsichtlich des Schadenersatzanspruches vorgesehen ist sowie in welchem Umfang Schadenersatz zu leisten ist (entgangener Gewinn, immaterielle Schäden etc). Ist Verschuldensabhängigkeit hinsichtlich des *covenant*-Verstoßes beabsichtigt, so ist eine eigene Rechtsfolgenregelung erforderlich, wenn ein Verweis auf die Gewährleistungsrechtsfolgen nicht möglich ist.

Häufig ist als Rechtsfolge eines *covenant*-Verstoßes vorgesehen, dass der Verkäufer das **Closing verweigern** kann. In einem solchen Fall werden Handlungspflichten als **aufschiebende Bedingung für den dinglichen Rechtsübergang** normiert (sog **Closing Conditions**)¹⁰³², wobei der Käufer das Recht hat, auf den Eintritt bestimmter aufschiebender Bedingungen zu verzichten. Hier ist auf einen sachgerechten Interessenausgleich zu achten und zwischen den einzelnen Handlungspflichten zu **differenzieren**.

Sample Clause: **Remedies for breach of covenants**

¹⁰²⁹ Diesbezüglich besteht erhöhter Zeitbedarf.

¹⁰³⁰ Siehe Punkt 3.7.

¹⁰³¹ Zu den *covenants* s Punkt 3.3.6.

¹⁰³² Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 44; Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement², 117 ff.

“In the event of a breach of any covenant, either Party shall promptly notify the other Party in writing thereof providing sufficient details known at that time.

*The Parties shall without undue delay **negotiate** on the consequences, including but not limited to a decrease or a repayment, as the case may be, of the Purchase Price taking into account Clauses [●]¹⁰³³. Should an agreement not be reached within two weeks following the receipt of such notice, in any event prior to Closing, the respective **breach is deemed to be a Warranty Claim** which entitles the Purchaser to claim according to Clause [●]¹⁰³⁴ whereby the aforementioned notice shall replace the Warranty Claim Notice.”*

Es kann auch eine eigene **Schadenersatzklausel** normiert werden:

„The Seller shall indemnify and hold the Purchaser harmless from and against all Losses resulting from the breach of a covenant, which were caused by a negligent or intentional act (or omission) of the Seller.“

4.9.7 Survival

Schließlich ist zu überlegen, ob und welche Bestimmungen des Gewährleistungsregimes aufrecht bleiben müssen, wenn der Vertrag einvernehmlich oder durch Rücktritt¹⁰³⁵ beendet wird. Gerade für den Fall des Rücktritts wegen eines Mangels ist es wichtig, dass der Erwerber selbst nach Beseitigung des Vertrages seine Ansprüche gemäß der ursprünglichen Vereinbarung geltend machen kann.

Um allfällige Ansprüche des Käufers nach der vertraglichen Vereinbarung sicherzustellen, müssen die Gewährleistungszusagen, dh sämtliche **Tatbestandsregelungen**, und auch die **Rechtsfolgen** wirksam bleiben.

Sample Clause:

“The representations, warranties and covenants set out in this Agreement, as well as Clauses [●]¹⁰³⁶ shall survive any termination or rescission of this Agreement and shall remain in full force and effect thereafter.”

4.10 Vertragliche Gestaltung von Schadenersatzansprüchen

4.10.1 Gewährleistungsausschluss und Schadenersatz

Die Frage, ob bzw wie ein bloßer **Gewährleistungsausschluss** auch einen konkurrierenden Schadenersatzanspruch berührt, ist vom Willen der Parteien abhängig, wobei grundsätzlich davon auszugehen ist, dass ein Gewährleistungsausschluss einen allfälligen

¹⁰³³ Verweis auf Klauseln betreffend *Mitigation, Amicable Handling*.

¹⁰³⁴ Bei einem Verweis auf die Gewährleistungsrechtsfolgen ist zu prüfen, ob deren Verschuldensabhängigkeit oder Verschuldensunabhängigkeit eine angemessene Rechtsfolge für einen *covenant*-Verstoß darstellt.

¹⁰³⁵ Soweit ein solcher zulässig ist.

¹⁰³⁶ Verweis auf die Klauseln zu: Rückabwicklung nach Vertragsbeendigung, Gewährleistungszusagen, Rechtsfolgen, *covenants*, Vertraulichkeit, Kostentragung, Rechtswahl, Streitbeilegung sowie die *survival*-Klausel selbst.

Schadenersatzanspruch unberührt lässt und dessen Beschränkung bzw Ausschluss einer deutlichen Vereinbarung bedarf¹⁰³⁷.

- Ist es daher die Absicht der Parteien, neben den Gewährleistungsansprüchen auch die Schadenersatzansprüche zu beschränken, sollte dies klar zum Ausdruck gebracht werden, damit über diese parallel zur Verfügung stehenden Anspruchsgrundlage der Verkäufer nicht letztlich doch, gleichsam „durch die Hintertür“, für einen bestimmten Mangel eintreten muss¹⁰³⁸.

Beispiel für eine Haftungsausschlussklausel¹⁰³⁹:

*„Der Verkäufer haftet dem Käufer im Zusammenhang mit diesem Vertrag ausschließlich für Verletzungen der in diesem Vertrag ausdrücklich abgegebenen Gewährleistungen und nur nach Maßgabe der nachfolgenden Haftungsbeschränkungen. Darüber hinausgehende Ansprüche und Ansprüche, die sich auf andere Rechtsgrundlagen, wie etwa **Schadenersatz**, stützen, sind ausdrücklich **ausgeschlossen**.“*

Das Recht, diesen Vertrag wegen Irrtums, laesio enormis oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage anzufechten oder dies einredeweise geltend zu machen oder aus einem dieser Gründe Preisminderung oder Vertragsanpassung zu verlangen, ist ausgeschlossen.“

Sample Clause¹⁰⁴⁰:

*“The Seller shall be liable to the Buyer only for a breach of the representations and warranties stated in this Agreement and only subject to the limitations under this Agreement. Any further claims such as **damages**, statutory warranty claims or claims asserted on the basis of any other legal title shall be expressly **excluded**.*

*Furthermore, the Parties **waive the right to rescind this Agreement** on the grounds of (or to assert by way of defense) **error, laesio enormis or frustration of contract** (Wegfall der Geschäftsgrundlage), or to assert any price reduction or an adjustment of this Agreement on any of these grounds.”*

- Das **Rechtsfolgensystem** und Anspruchsdurchsetzungsverfahren sollte **einheitlich** für Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche vorgesehen sein, um einen effizienten und raschen Ausgleich allfälliger Leistungsstörungen zu ermöglichen, dh Schadenersatzansprüche sollten insb **denselben Beschränkungen** wie Gewährleistungsansprüche unterworfen werden.
- Auch schadenersatzrechtlich ist **primär Naturalrestitution** geschuldet. Sollten die Parteien hingegen einen (sofortigen) monetären Ausgleich bevorzugen, wäre auch hier vertraglich entsprechend Vorkehrung zu treffen.

¹⁰³⁷ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 66; Brugger, ecolx 2008, 803; OGH 7 Ob 562/94 ÖZW 1996, 85 (Anm Hüttler) = RdU 1996, 88 (Anm Berger) = ecolx 1996, 94 = RdW 1996, 307.

¹⁰³⁸ I. Welser/Sieglwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 22.

¹⁰³⁹ Vgl Kletter in Hausmaninger/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch I, 112.

¹⁰⁴⁰ Vgl Kletter in Hausmaninger/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch I, 126.

Zielführend ist es daher, in der Vertragsgestaltung Schadenersatzansprüche explizit auszuschließen oder diese **demselben Rechtsfolgenregime** zu unterwerfen wie die Gewährleistungsansprüche¹⁰⁴¹.

4.10.2 Ausschluss / Beschränkung von Schadenersatzansprüchen

Die **Beschränkung** von Schadenersatzansprüchen findet in § 879 ABGB ihre Grenzen. Demnach ist für **Vorsatz** sowie für **krass grobe Fahrlässigkeit kein Ausschluss** möglich. Bei Mängeln, die der Verkäufer **arglistig** verschwiegen hat, greift die Ausschlussklausel nicht¹⁰⁴². Ein Ausschluss für (schlichte) grobe und leichte Fahrlässigkeit zwischen Unternehmern ist hingegen zulässig, soweit sie nicht untypische, unvorhersehbare oder unkalkulierbare Schädigungen oder Personenschäden betreffen.

Wie für den Gewährleistungsausschluss¹⁰⁴³ gilt auch für den Ausschluss von Schadenersatzansprüchen, dass im Zweifel eine **restriktive Auslegung** zu erfolgen hat. Demnach erstreckt er sich grundsätzlich **nicht auf konkludent zugesagte** Eigenschaften. Dies hat erhebliche Auslegungsschwierigkeiten zur Folge¹⁰⁴⁴.

Der **OGH** vertrat in einer Entscheidung¹⁰⁴⁵ die Auffassung, dass ein die Gewährleistung ausschließender Hinweis auf einen konkreten Mangel aufgrund der restriktiven Auslegung dazu führt, dass sich ein allgemeiner Gewährleistungsausschluss nur auf eben diesen Mangel bezieht¹⁰⁴⁶. Diese Entscheidung wurde in der Lit kritisiert¹⁰⁴⁷. Auch Schadenersatzrechtlich ist beachtlich, dass der OGH zur Aufklärungs- und Offenlegungspflicht des Verkäufers in Bezug auf bekannte Mängel ausführt, dass Schweigen des Verkäufers zu bekannten Mängeln als List anzusehen ist. Dies hat zur Folge, dass der vertragliche Haftungsausschluss nicht greift.

Hinsichtlich **betragsmäßiger Beschränkungen** gilt: Soweit nicht ohnedies ein gänzlicher Haftungsausschluss zulässig ist, werden diese nach dem Ausmaß der Beschränkung, der Stärke der Zurechnungsgründe und der wirtschaftlichen Tragfähigkeit beurteilt¹⁰⁴⁸. Ein geringer Selbstbehalt ist unbedenklich; Ein sog *basket*, soweit gering, ebenso. Ein absoluter Höchstbetrag ist zulässig, wenn er in einer angemessenen Relation zum Entgelt steht.

¹⁰⁴¹ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions 610.

¹⁰⁴² Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 66 f; Welser/Jud, Die neue Gewährleistung § 928 Rz 1.

¹⁰⁴³ Siehe Punkt 3.4.3c).

¹⁰⁴⁴ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 67.

¹⁰⁴⁵ OGH 2 Ob 209/07k.

¹⁰⁴⁶ Siehe dazu bereits unter Punkt 3.4.2.

¹⁰⁴⁷ Brugger, ecolex 2008, 805; s auch Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Rz 68.

¹⁰⁴⁸ Parschalk/Wahl, wbl 2003, 353 mwN.

Zeitliche Beschränkungen: Die Frist für Schadenersatz ist nur verkürzbar, nicht verlängerbar. Die Frist für Gewährleistung ist im Gegensatz dazu verlängerbar und verkürzbar¹⁰⁴⁹.

Verfahrensregeln für Schadenersatzansprüche, die der geordneten, raschen und einfachen Abwicklung dienen, sind zulässig. Eine Verfallsklausel ist ebenso zulässig; das Schadenersatzsystem darf jedoch insgesamt nicht eine Partei ungebührlich benachteiligen und unter dem Deckmantel einer Verfahrensordnung versuchen, die Grenzen der Unabdingbarkeit gesetzlicher Schadenersatzansprüche zu überschreiten. Bei vorsätzlicher Schädigung kann sich der Schädiger sohin nicht auf Beschränkungen hinsichtlich des Verfahrens berufen¹⁰⁵⁰.

4.10.3 Versteckte Mängel

Hat der Käufer versteckte Mängel zu befürchten, zB aufgrund typischer mit dem Geschäftsbetrieb verbundener Umweltschutz-Risiken oder weil der Veräußerer bei der Due Diligence unter Berufung auf datenschutzrechtliche Vorschriften die Einsichtnahme in bestimmte Unterlagen verweigert hat, hat er ein erhebliches Interesse daran, Ansprüche für den Fall zu vereinbaren, dass nachträglich **geheime Mängel** zum Vorschein kommen.

Eine allgemeine gewährleistungsrechtliche Haftung für versteckte Mängel kann in der Praxis oft nicht durchgesetzt werden, da eine verschuldensunabhängige Haftung für versteckte Mängel für den Verkäufer ein unkalkulierbares Risiko beinhaltet, insb wenn, wie im Fall von Altlasten, damit ein nicht absehbarer finanzieller Aufwand verbunden sein kann.

Einen sachgerechten Interessenausgleich kann dann eine **schadenersatzrechtliche Regelung im Rahmen der culpa in contrahendo** bieten, die eine Haftung des Verkäufers für versteckte Mängel vorsieht, die der Verkäufer tatsächlich **kannte oder fahrlässiger Weise, insb infolge mangelhafter Organisation des Informationsflusses, nicht kannte**.

Hinsichtlich der Kenntnis bzw fahrlässigen Unkenntnis ist für juristische Personen auf die Problematik der **Wissenszurechnung** im Verband hinzuweisen¹⁰⁵¹. Es sollte vertraglich geregelt werden, das Wissen welcher Personen in der Gesellschaft des Verkäufers ausschlaggebend sein soll. Beim Anteilskauf ist zusätzlich zu beachten, dass die in der Zielgesellschaft beschäftigten Personen nicht unbedingt gleichzeitig der Verkäufer-Gesellschaft angehören, sodass hier eine Zurechnung deren Wissens über beide Stufen bis zum Verkäufer vorgesehen werden sollte.

Auch das Kriterium der **fahrlässigen Unkenntnis** kann im Interesse einer Klarstellung konkretisiert werden. Regelmäßig wird auf die pflichtwidrige Unterlassung der **gebotenen Organisation des Informationsflusses** abgestellt. Hier kann, wenn der für die Wissenszurechnung relevante Personenkreis sehr eng gefasst und die Haftung des Veräußerers damit stark eingeschränkt ist (indem zB nur auf die Organe und leitenden Angestellten abgestellt wird), über das **Organisationsverschulden** im Interesse des Erwerbers wieder eine gewisse Ausweitung der Haftung erreicht werden.

¹⁰⁴⁹ Parschalk/Wahl, wbl 2003, 353 mwN.

¹⁰⁵⁰ Parschalk/Wahl, wbl 2003, 353.

¹⁰⁵¹ Siehe Punkt 1.15.3.

Zweckmäßig in diesem Zusammenhang ist auch eine klarstellende Regelung über die **Beweislast**. Für den Erwerber wird es im Regelfall schwierig bis unmöglich sein, den Informationsfluss in der Gesellschaft des Verkäufers nachzuvollziehen und den Beweis für dessen Kenntnis oder schuldhafte Unkenntnis vom geheimen Mangel zu erbringen. Nach dem Grundsatz der **Nähe zum Beweis** sollte daher dem **Verkäufer der Beweis auferlegt** werden, dass er von der Mangelhaftigkeit **keine Kenntnis** hatte und bei ordnungsgemäßer Informationsweiterleitung innerhalb der Gesellschaft bzw. im Konzern auch nicht haben musste¹⁰⁵².

Soll iZm dem Gewährleistungsausschluss auch ein Ausschluss der Haftung für *culpa in contrahendo* beabsichtigt sein, so sollte dies in die **Ausschlussklausel** einbezogen werden¹⁰⁵³.

4.11 Vertragliche Gestaltung der Irrtumsanfechtung

4.11.1 Ausschluss / Beschränkung der Irrtumsanfechtung

Auch die Irrtumsanfechtung ist beschränkbar, ausgenommen bei Arglist.

Hinsichtlich der Frage, ob ein **Gewährleistungsausschluss** auch einen **Irrtumsausschluss** erfasst, sind die Meinungen geteilt. Es kommt jedenfalls auf den **hypothetischen Parteiwillen** an: Zwischen Nichtjuristen soll nach Auffassungen in der Lehre der Ausschluss der Irrtumsanfechtung mit umfasst sein, weil Nichtjuristen nicht zwischen beiden Rechtsbehelfen differenzieren. Dies gelte allerdings nur für den schlicht veranlassten oder rechtzeitig aufgeklärten Irrtum, nicht jedoch für den erkennbaren¹⁰⁵⁴. Bei Unternehmenskaufverträgen werde man jedoch davon ausgehen können, dass die rechtlich beratenen Parteien sich der Möglichkeit der Irrtumsanfechtung bewusst sind; haben sie nur die Gewährleistung, nicht aber die Irrtumsanfechtung ausgeschlossen, sei deshalb davon auszugehen, dass ein solcher Ausschluss eben nicht gewollt war.

Nach einer anderen Literaturmeinung wird die Anfechtung des Titelgeschäfts wegen **Irrtums** durch einen Gewährleistungsausschluss im Regelfall nicht ausgeschlossen¹⁰⁵⁵. Ebenso wenig die Vertragsanpassung infolge Irrtums.

Ist der Ausschluss der Irrtumsanfechtung beabsichtigt, sollte daher aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit eine **explizite Regelung** getroffen werden.

Jedenfalls ist die Irrtumsanfechtung des **Kaufvertrages** von der Irrtumsanfechtung des **Gewährleistungsverzichts** zu unterscheiden. Während erstere zum Wegfall des Titelgeschäfts (sachenrechtlich *ex tunc*) führt, besteht der Vertrag bei erfolgreicher Anfechtung des Gewährleistungsverzichts weiter, und dem Käufer stehen Gewährleistungsansprüche zu. Selbst wenn die Irrtumsanfechtung des Titelgeschäfts nach dem Vertrag ausgeschlossen sein sollte, kann grundsätzlich die Irrtumsanfechtung des

¹⁰⁵² Für eine solche Beweislastverteilung (auch ohne entsprechende vertragliche Regelung) bei der Vertragsanfechtung wegen Arglist *Altmeppen*, BB 1999, 753.

¹⁰⁵³ *Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 611.

¹⁰⁵⁴ *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 353.

¹⁰⁵⁵ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 929 Rz 8.

Verzichts – je nach Weite der Formulierung der Irrtumsausschlussklausel – dennoch möglich sein¹⁰⁵⁶.

Beispiel für eine Ausschlussklausel¹⁰⁵⁷:

*Der Verkäufer haftet dem Käufer im Zusammenhang mit diesem Vertrag ausschließlich für Verletzungen der in diesem Vertrag ausdrücklich abgegebenen Gewährleistungen und nur nach Maßgabe der nachfolgenden Haftungsbeschränkungen. Darüber hinausgehende Ansprüche und Ansprüche, die sich auf andere Rechtsgrundlagen, wie etwa Schadenersatz, stützen, sind ausdrücklich ausgeschlossen. Das Recht, diesen Vertrag¹⁰⁵⁸ wegen **Irrtums**, **laesio enormis** oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage **anzufechten** oder dies **einredeweise** geltend zu machen oder aus einem dieser Gründe Preisminderung oder Vertragsanpassung zu verlangen, ist ausgeschlossen.“*

Sample Clause:

“Subject to any mandatory legal provisions, the remedies set forth in this Clause shall be exhaustive and shall apply instead and to the exclusion of any and all remedies available to the Purchaser for a breach of representation.

*Any further liability of the Seller and any differing or further rights or claims of the Purchaser – including but not limited to **any rights to rescind** this Agreement¹⁰⁵⁹ – arising from or in connection with a breach of representation shall be **excluded** to the extent legally permissible.”*

¹⁰⁵⁶ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 929 Rz 8.

¹⁰⁵⁷ Vgl Kletter in Hausmaninger/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch I, 112.

¹⁰⁵⁸ Ergänzend: (zur Gänze oder teilweise).

¹⁰⁵⁹ ... (or parts thereof).

5 Zusammenfassung / *Abstract* und *Curriculum Vitae*

5.1 Zusammenfassung

Die Arbeit stellt in einem ersten Schritt die gesetzlichen Voraussetzungen für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen im Zusammenhang mit dem Unternehmenskauf dar und zeigt anhand einzelner Elemente des Tatbestands das Erfordernis vertraglicher Ausgestaltung auf, um den Besonderheiten des Unternehmenskaufs (Individualität und Komplexität des Unternehmens) bzw des Anteilskaufs und den diesbezüglichen Bedürfnissen der Praxis Rechnung zu tragen.

Wesentlicher Bestandteil dieses ersten Teils ist auch die Darstellung des Zusammenhanges zwischen Gewährleistungsansprüchen und Ergebnissen einer durchgeführten Due Diligence-Prüfung. In diesem Kontext erfolgt weiters eine Gegenüberstellung der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche mit konkurrierenden Anspruchsgrundlagen, wie insb Schadenersatz, Irrtum und Arglist.

Der zweite Teil legt dar, dass beim Unternehmenskauf auch die gesetzlichen Gewährleistungsbehelfe (insb Austausch und Wandlung, uU auch Verbesserung) oftmals nicht geeignet sind, um einen angemessenen Interessenausgleich zu schaffen. Bei Schadenersatzansprüchen kann Unsicherheit hinsichtlich der konkreten Berechnung des Anspruchs bestehen. Darüber hinaus hat der Veräußerer aufgrund der bei einem Unternehmenskauf involvierten Beträge und Haftungsrisiken ein erhebliches Interesse daran, sein Haftungsrisiko sowohl betraglich als auch zeitlich zu beschränken.

Eine genaue vertragliche Regelung der Haftung des Veräußerers, in welcher Tatbestand und Rechtsfolgen gestaltet werden, ist daher meist unerlässlich. Dabei besteht bei den Rechtsfolgen ein gegenüber dem Tatbestand zumindest gleichwertiger Gestaltungsspielraum, um das von den Vertragsparteien bei Abschluss des Vertrages festgelegte Äquivalenzverhältnis wiederherzustellen.

Zunächst beschäftigt sich daher der dritte Teil der Arbeit eingehend mit den Möglichkeiten der vertraglichen Ausgestaltung der Haftungsvoraussetzungen im Fall der Mangelhaftigkeit: Gewährleistungsklauseln werden in einen dogmatischen Zusammenhang gestellt, wobei nicht nur auf objektive und subjektive Gewährleistungen, auf die Abgrenzung zur echten Garantie, zu *covenants* und *indemnities* eingegangen wird, sondern auch die rechtlichen Möglichkeiten und potentiellen Schwachstellen von Gewährleistungsausschlüssen im Detail beleuchtet werden. Schließlich zeigt die Arbeit auch Zusammenhänge zwischen Gewährleistungen und Risikoallokation bzw Kaufpreisbestimmung einerseits sowie zwischen Gewährleistungen und den Ergebnissen der Due Diligence andererseits auf. Aufgrund der besonderen Praxisrelevanz werden von der Vielzahl möglicher Gewährleistungsklauseln die sog Bilanzgarantie / Eigenkapitalgarantie und die Steuerklausel herausgegriffen und näher erörtert.

In Vertragsverhandlungen liegt das Hauptaugenmerk der Parteien häufig auf der Konzeption des Gewährleistungskataloges. Dieser Arbeit ist es demgegenüber ein besonderes Anliegen, die Bedeutung und den wesentlichen Spielraum auf Ebene der Rechtsfolgen herauszustreichen. Bei entsprechender Gestaltung eines autonomen Rechtsfolgensystems kann die im Gewährleistungskatalog dem Grunde nach implementierte Haftung des Veräußerers erheblich relativiert aber auch verschärft werden: Der Fokus des vierten Kapitels liegt auf der Ausgestaltung der bei Mangelhaftigkeit bestehenden Ansprüche hinsichtlich ihrer

Rechtsnatur und ihres Umfanges einerseits sowie auf der Regelung möglicher Haftungsbeschränkungen (zB Betragsbeschränkungen, potentielle Doppelerfassung, Vorteilsausgleich, Schadensminderungsobligation, Mitverschulden) andererseits. Zuletzt wird auch auf vertragliche Möglichkeiten hinsichtlich der Geltendmachung der Ansprüche eingegangen: Darunter fallen nicht nur zeitliche Beschränkungen (Fristen) sondern auch die Regelung des Verfahrens der Geltendmachung (zB Mitteilungen, Fristen, Beweislast) sowie der gerichtlichen oder außergerichtlichen Streitbeilegung.

Bei der Darstellung der vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten auf Tatbestands- und Rechtsfolgenebene werden zum einen dogmatische Zusammenhänge aufgezeigt, zum anderen wird die Praxisrelevanz der Thematik durch zahlreiche deutsch- und englischsprachige Beispielklauseln gewährleistet und verdeutlicht.

5.2 Abstract

In a first step, the paper describes the legal prerequisites for claims for the remedy of defects in relation to the acquisition of business enterprises. On the basis of certain elements of the existing legal provisions, it demonstrates the need for contractual arrangements in order to accommodate the practical requirements with respect to the specific characteristics of the share deal (individual identity and complexity of businesses) and of the asset deal.

An integral element of the paper's first part is the analysis of the relation between warranty claims and the results of a due diligence review. In this context, legal warranty claims are compared to alternative bases for a claim, such as damages compensation, error and fraud.

The second part demonstrates that also the legal remedies in case of defects (in particular replacement, annulment and, under certain circumstances, also repair of defects) are often insufficient to reconcile conflicting interests in the acquisition of business enterprises. Claims for damages compensation in turn may involve uncertainty, e.g., when it comes to the actual calculation of the claim. Moreover, considering the amounts and risks involved, the seller has a considerable interest in limiting his liability risk with respect to the amount and time.

Consequently, precise contractual provisions dealing with the conditions and consequences of seller's liability are often indispensable. In this respect, the conditions of liability and the legal consequences each provide an equally important scope for arrangement and flexibility in order to re-instate the equivalence (*quid pro quo*) that the parties established when concluding the contract.

Hence, the third chapter of the paper analyses the possibilities for the contractual arrangement of the legal conditions (prerequisites) of seller's liability in case of defect: Representation and warranty clauses are put into a context with legal concepts whereby not only objective and subjective (best effort) representations, the differentiation from covenants and indemnities are covered in detail, but also the legal options and potential weaknesses of contractual exclusion of liability. Finally, the chapter outlines the interaction between warranties and the results of the due diligence review. Due to their specific relevance in practice, equity warranty and tax warranty clauses are highlighted and discussed in detail.

In contract negotiations, the parties often focus on the drafting of the actual representations and warranties clause. The aim of this paper therefore is to raise awareness and enhance understanding of the importance and wide scope for contractual arrangement also on the level of the legal consequences (remedies). By means of a tailor-made autonomous system of

remedies, the parties are in a position to significantly mitigate or tighten the seller's liability (based on the actual reps & warranties clauses): The fourth chapter thus focuses on the contractual design of remedies in case of a defect in relation to their legal nature and scope on the one hand and possibilities of limitation of liability (caps, potential double recovery, balancing damages with potential benefits, duty to mitigate damages, contributory negligence) on the other hand. Finally, the paper discusses contractual possibilities with respect to the assertion of warranty claims: Time limitations as well as procedural rules (e.g. notices, time limits, burden of proof) and clauses regarding the assertion of claims in courts, arbitral proceedings or via alternative dispute resolution mechanisms are covered in this chapter.

The outline of contractual possibilities on the level of preconditions as well as on the level of legal remedies with respect to warranty claims focuses on their relation to legal liability concepts on the one hand and establishes and highlights the practical relevance by means of numerous German and English sample clauses on the other hand.

5.3 Curriculum Vitae

Persönliche Daten:

MMag. Rita Nancy Wittmann

Geburtsdatum: 25. März 1978



Ausbildung

- eingetragen als Rechtsanwältin in Wien seit 1. September 2010
- Rechtsanwaltsprüfung mit ausgezeichnetem Erfolg (2009)
- Wirtschaftsuniversität Wien: Mag. rer. soc. oec. (Internationale BWL) (2006); Spezialisierung: Internationale Finanzierung; Internationales Steuerrecht
- McGill University, Montréal, Canada (Faculty of Management) (2004)
- Universität Wien: Mag. iur. (2003)

Berufserfahrung

- Rechtsanwältin bei Hausmaninger Kletter Rechtsanwälte GmbH seit 2011
- Rechtsanwältin und Rechtsanwaltsanwärtin bei Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH (2010)
- Rechtsanwaltsanwärtin bei DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH (2007-2010)
- Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Wien, rechtswissenschaftliche Fakultät, Institut für Zivilverfahrensrecht (2005-2007)

- Lehraufträge im Unternehmens- und Steuerrecht seit 2006 unter anderem an der Universität Wien, an der FH Wiener Neustadt, FH Salzburg, FH Joanneum Graz sowie an der University of Addis Ababa School of Law (2008)

Spezialisierung

- Unternehmens- und Gesellschaftsrecht: Internationale M&A Transaktionen einschließlich Steuerplanung, Umstrukturierungen
- Unternehmensfinanzierung
- Österreichisches und internationales Unternehmenssteuerrecht
- Insolvenzrecht

Sprachen

Deutsch, Englisch, Französisch, Spanisch

6 Literaturverzeichnis

6.1 Kommentare, Monographien

- Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Legal (2010);
- Berens/Brauner/Strauch*, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁵ (2008);
- Böttcher*, Verpflichtung des Vorstands einer Aktiengesellschaft zur Zulassung einer Due Diligence (2005);
- Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts² I/1: Allgemeiner Teil (1951);
- Fehn*, Öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit und zivilrechtliche Haftung für Altlasten (1998);
- Gschnitzer*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts² (1992);
- Hausmaninger/Petsche/Vartian*, Wiener Vertragshandbuch I (2006);
- Hofmann*, Due Diligence – Möglichkeiten und Grenzen des Managements (2006);
- Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ (2010);
- Hüttler*, Die zivilrechtliche Haftung für Altlasten (1993);
- B. Jud*, Schadenersatz bei mangelhafter Leistung (2003);
- Kästle/Oberbracht*, Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement² (2010);
- Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch² IV/1 (1968), IV/2 (1978);
- Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/I. Welser/Zeiler*, Austrian Arbitration Yearbook 2009 (2009);
- Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz Kommentar³ (2007);
- Koziol*, Der Garantievertrag (1981);
- Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht³ (1997);
- Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ (2010);
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007);
- Krejci*, Reform-Kommentar UGB (2007);
- Krejci*, Unternehmensrecht mit Wertpapierrecht⁴ (2008);
- Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag (1989);
- Larisch*, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf (2004);
- Picot*, Handbuch Mergers & Acquisitions⁴ (2008);
- Picot*, Unternehmenskauf und Restrukturierung (1998);
- Pilgerstorfer*, Öffentlich-rechtliche Bodensanierung und zivilrechtlicher Ausgleich (1999);
- Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions (2007);

Puck, Der Unternehmenskauf – Gewährleistung, Schadenersatz, Irrtum (1996);

Reidinger, Rechtsprobleme der Garantieabrede (1987);

Riedler, Zivilrecht I⁵ (2010);

Rödter/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf – zivil- und steuerrechtliche Gestaltungspraxis (2003);

Roth/Fitz, Unternehmensrecht² (2006);

Rummel, ABGB³ (2000);

Schwimmann, ABGB Praxiskommentar³ (2005);

Spitzer/Perner, Bürgerliches Recht² (2008);

Stainer, Die Gewährleistung beim Unternehmenskauf (1993);

Torggler, Schiedsgerichtsbarkeit: Praxishandbuch (2007);

Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994);

Welser/Jud, Die neue Gewährleistung (2001);

Welser/Jud, Zur Reform des Gewährleistungsrechts, Die Europäische Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Bedeutung für ein neues Gewährleistungsrecht (2000);

6.2 Beiträge in Fachzeitschriften, Festschriften

Aigner, Unternehmenskauf – inwieweit gilt § 1409 ABGB für den Share Deal? *ecolex* 2007, 16;

Altmeppen, Verbandshaftung kraft Wissenszurechnung am Beispiel des Unternehmenskaufs, *BB* 1999, 749;

Baums, Ergebnisabhängige Preisvereinbarungen in Unternehmenskaufverträgen („earn-outs“), *DB* 1993, 1273;

Brugger, Ende des Gewährleistungsausschlusses? *ecolex* 2008, 803;

F. Bydlinski, Über listiges Schweigen beim Vertragsschluss, *JBl* 1980, 393;

Dehn, Das UGB: Die wichtigsten Neuerungen, *ecolex* 2006, 274;

Dolezel-Huber/Greinecker, Steuerklauseln in Unternehmenskaufverträgen, *ecolex* 2002, 604;

Dorda/Ramsauer, Culpa in Contrahendo, List und Irrtum bei Unternehmenskauf und DD, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I (2010) 69;

Drexler, Wissenszurechnung im Konzern, *ZHR* 161 (1997), 491;

Egermann/Winkler, Gewährleistung neu beim Unternehmenskauf, *RdW* 2002, 197;

Fleischer/Körber, Due diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, *BB* 2001, 841.

Flener, To guarantee or not to guarantee – That’s the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions (2007) 597;

Fritz, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, SWK 2005, W 169;

Götzl/Weismann, Verwaltungsrechtliche Verpflichtungen und zivilrechtliche Rückgriffsmöglichkeiten bei Altlasten, RdU 2007/71;

Grossmann/Mönnich, Warranty & Indemnity Insurance – Die Versicherbarkeit von Garantierisiken aus Unternehmenskaufverträgen, NZG 2003, 708;

Harms, Die Erstattungsfähigkeit von Sanierungskosten für den Käufer eines kontaminierten Grundstücks, NJW 1999, 3668;

Hasenauer/Pracht in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Legal (2010) 97;

Heidinger, Haftung des Unternehmensveräußerers in der aktuellen Judikatur, SWK 1996, B 77;

Hofmann/Nowotny, Die Bedeutung von Bilanzgarantien beim Unternehmenskauf, GesRZ 2009, 126;

Honsell, Aktuelle Probleme der Sachmängelhaftung, JBl 1989, 205;

Iro, Ist die Ware nach Ablauf der „empfohlenen Aufbrauchsfrist“ mangelhaft? RdW 1987, 250;

Jaksch-Ratajczak, Vertragsaufhebung durch Naturalrestitution, ÖJZ 2000, 798;

Kammerlander, Kaufpreisfestsetzung bei Unternehmenstransaktionen in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions (2007) 837;

Karollus-Bruner, Was garantiert die Bilanzgarantie? ecolex 2007, 824;

Kepplinger/Duursma, Gewährleistung beim Unternehmenskauf – Eine Gegenüberstellung der österreichischen und deutschen Rechtslage, ZfRV 2001, 86;

Kletter, Anteilskaufvertrag, in *Hausmaninger/Petsche/Vartian*, Wiener Vertragshandbuch I (2006);

Knoche, Sachmängelgewährleistung beim Kauf eines Altlastengrundstücks, NJW 1995, 1985;

Kogler, Gewährleistungsfrist beim Unternehmenskauf, ecolex 2010, 239;

Koziol, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Grenzbereich, JBl 1994, 209;

Koziol, Zum Entfall der Schadenersatzpflicht des fahrlässig Irrenden, in FS Schmidlin (1998) 291;

Koziol, Die Zurechnung des Gehilfenverhaltens im Rahmen des § 1304 ABGB, JBl 1997, 201;

Kramer, Zur Unterscheidung zwischen Motiv- und Geschäftsirrtum, ÖJZ 1974, 452;

Krejci, Zur Anfechtung von Wertpapierkäufen wegen irreführender Werbung und Beratung, ÖJZ 2010/10;

Löber, Internationale Praxis des Unternehmenserwerbs – Einfluss angelsächsischen Rechtsdenkens bei der Vertragsgestaltung, in FS Michalek (2005) 275;

Löber, M&A, AnwBl 1992, 525;

Löber, Zivilrechtliche Aspekte von Mergers and Acquisitions, AnwBl 1992, 525;

Madl, Ansprüche des Käufers einer altlastenbehafteten Liegenschaft, ecolex 1995, 703;

Metz, Grundzüge der W&I-Insurance beim Unternehmenskauf, NJW 2010, 813;

Müller, Einfluss der due diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers beim Unternehmenskauf, NJW 2004, 2196;

Nowotny, „Due Diligence“ und Gesellschaftsrecht, wbl 1998, 145;

Nowotny/Gelter, „Bilanzklauseln“ und Unternehmenserwerb, GesRZ 2000, 63;

Oberlechner, Wann ist ein Unternehmen mangelhaft? ecolex 2006, 628;

Ostheim, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei grundloser Ablehnung des Vertragsabschlusses, JBl 1980, 522;

Parschalk/Wahl, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353;

Picot, Due Diligence und privatrechtliches Haftungssystem, in *Berens/Brauner/Strauch*, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁵ (2008) 299;

Pilgerstorfer, Aufklärungspflicht und Gewährleistungsausschluss beim Kauf kontaminierter Grundstücke, ÖJZ 2001, 373;

Pletzer, Aufklärungspflichtverletzung und Vertragsaufhebung, JBl 2002, 545;

Puck, Anteilskauf: Haftung für die Ertragskraft des Unternehmens, ecolex 1995, 247;

Puck in Nemec/Reicheneder, Der Unternehmenskauf und seine Abwicklung in der Praxis (1994) 261;

Reich-Rohrwig, Auslegung und Reichweite von Bilanzgarantien, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Legal (2010) 387;

Reich-Rohrwig/Hanslik, Unternehmenskauf – Checkliste, ecolex 2006, 632;

Reich-Rohrwig/Schmelz, Unternehmenskauf – ecolex-Checklist, ecolex 1990, 147;

Reich-Rohrwig/Schmelz, Unternehmenskauf – ecolex-Checklist (aktualisierte Fassung), ecolex 1995, 265;

Reich-Rohrwig/Thiery, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf – zugleich Anmerkung zu 6 Ob 564/90, ecolex 1991, 89;

Reich-Rohrwig/Thiery, Unternehmensübertragung, Gesellschafterwechsel und Mietzinserhöhung (Teil I), ecolex 1991, 599.

Reich-Rohrwig/Thiery, Unternehmensübertragung, Gesellschafterwechsel und Mietzinserhöhung (Teil II), ecolex 1991, 687;

Reischauer, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil I) JBl 2002, 137;

Reischauer, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil II) JBl 2002, 164;

Rief, Aktuelles zum Unternehmens-(ver)kauf, VWT 2007 H 6, 32;

Röper, Due Diligence und Gewährleistung im Share Purchase Agreement, GesRZ 2009, 136;

Röper, Rügeobliegenheit beim Share Deal? ecolex 2009, 935;

Rummel, Anmerkungen zum gemeinsamen Irrtum und zur Geschäftsgrundlage, JBl 1981, 1;

Schlemmer, Erkannter Irrtum und irrtümliche Erkenntnis, JBl 1986, 155;

Stefula/Thunhart, Der Motivirrtum beim Rechtsgeschäft unter Lebenden, NZ 2002/77;

Strasser, Tax Due Diligence – die nach § 14 BAO gebotene Sorgfalt? SWK 2003, S 691;

Thunhart, Die Beachtlichkeit des Irrtums als Interessenabwägung – § 871 ABGB, ÖJZ 2000, 447;

Vonkilch, Kennt das ABGB eine Haftung für die anfechtbare Erklärung? JBl 2004, 759;

Vonkilch, Rechtsfragen der Irrtumsanfechtung von Wertpapierkäufen, ÖJZ 2010, 579;

Wachter/Mader, Ausgewählte Fragen der Legal Due Diligence, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions (2007) 79;

Wagner, Bodenrisiko bei der Veräußerung kontaminierter Liegenschaften (Teil I), RdU 2009/44;

Wagner, Bodenrisiko bei der Veräußerung kontaminierter Liegenschaften (Teil II), RdU 2009/65;

Wahl, Auswirkungen des UGB auf M&A-Transaktionen, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions (2007) 487;

Welser, Culpa in Contrahendo, ÖJZ 1986, 724;

I. Welser/Klausegger, Fast Track Arbitration: Just fast or something different? in *Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/I. Welser/Zeiler*, Austrian Arbitration Yearbook 2009 (2009);

I. Welser/Sieglwart, Die praktische Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen aus Unternehmens- und Anteilskaufverträgen, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I (2010) 119;

I. Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung: Verjährungsbeginn, ecolex 1992, 85;

Welser, Das Verschulden beim Vertragsschluss im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1973, 281;

Welser, Die vorvertraglichen Pflichten in der Rechtsprechung des OGH, in FS Wagner (1987) 365;

Werner, Haftungsrisiken bei Unternehmensakquisitionen: die Pflicht des Vorstands zur Due Diligence, ZIP 2000, 989;

Werner, Sorgfaltspflichten des Geschäftsführers bei Unternehmensakquisitionen, GmbHR 13/2007, 678;

Wiedenbauer/Klauninger, Eigenschaftszusagen & Garantien beim Unternehmenskauf, ecolex 2003, 397;

Wilhelm, Gewährleistungsnebel über dem Unternehmenskauf, ecolex 2005, 741;

Wilhelm, Gewährleistung und Schadenersatz – Judikaturwidersprüche, ecolex 1992, 545;

Wilhelm, Über den Kauf altbelasteter Liegenschaften, ecolex 1997, 729;

Wilhelm, Zur Gewährleistung beim Kauf eines Unternehmensanteils, RdW 1985, 266;

Wirth, Ein umweltrechtlicher Beitrag zur Liegenschaftsbewertung, immoex 2009, 38;

Zankl, „Altlastenatlas“ und Gewährleistungsausschluss, ecolex 1990, 609;

6.3 Ausgewählte OGH-Judikatur

OGH 19.7.1893 Nr. 8196 GIU 31. Band (1897) 14.767 (vorherige Prüfung der Ware durch den Käufer);

OGH 25.3.1952, 2 Ob 218/52 SZ 25/73 (Sittenwidrigkeit eines Gewährleistungsausschlusses hinsichtlich geheimer Mängel);

OGH 4.3.1955, 1 Ob 116/55 SZ 28/69 (Bilanzfälschung; Geschäftsirrtum bei Abweichungen des Warenlagers);

OGH 9.3.1955, 7 Ob 79 ÖJZ 1955/292 (EvBl) (geheimer/offener Mangel an Kfz);

OGH 7.1.1960, 3 Ob 530/59 JBl 1960, 492 (Betriebsanlagengenehmigung als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft);

OGH 19.12.1968, 1 Ob 274/68 SZ 41/182 = JBl 1970, 142 (konkludente Zusage der Mangelfreiheit);

OGH 2.12.1969, 4 Ob 589/69 SZ 42/180 (Geltendmachung geheimer Mängel und Gewährleistungsverzicht);

OGH 28.1.1970, 7 Ob 10/70 HS 7339 (kein Ausschluss der Gewährleistung bei Arglist);

OGH 22.9.1971, 5 Ob 226/71 EvBl 1972/170 = JBl 1972, 531 (kein Ausschluss der Gewährleistung bei Arglist);

OGH 5.9.1973, 5 Ob 128/73 SZ 46/84 (Irrtumsveranlassung durch Unterlassen der Aufklärung);

OGH 12.12.1974, 7 Ob 246/74 SZ 47/148 (Motiv- und Geschäftsirrtum);

OGH 3.2.1976, 5 Ob 243/75 SZ 49/13 (Irrtumsveranlassung);

OGH 20.2.1979, 5 Ob 524/79 SZ 52/22 = JBl 1980, 424 (keine allgemeine Rechtspflicht zur Aufklärung; Konkurs des Mieters; bewusstes Verschweigen als List);

OGH 30.1.1980, 1 Ob 791/79 JBl 1981, 425 (Irrtum durch Unterlassen der Aufklärung);

OGH 5.3.1980, 1 Ob 745/79 EvBl 1980/193 = JBl 1981, 203 (*Wilhelm*);

OGH 9.6.1981, 5 Ob 768/80 SZ 54/88 = MietSlg 33.110 (unrichtige Angaben über die Ertragsfähigkeit des Pachtgegenstandes; Gewährleistung, Irrtum);

OGH 15.7.1981, 1 Ob 666/81 JBl 1982, 86 (Aufklärungspflicht);

OGH 21.4.1982, 1 Ob 778/81 SZ 55/51 (Aufklärungspflicht bei Nachfragen des Käufers und wegen überlegener Fachkenntnisse; Irrtumsanfechtung);

OGH 10.1.1984, 4 Ob 193/82 = JBl 1986, 131 (Geschäftsirrtum über Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zum übernommenen Betrieb);

OGH 14.11.1984, 3 Ob 510/84 MietSlg 36.077 (Geschäftsirrtum bei fehlender Betriebsgenehmigung);

OGH 6.11.1986, 6 Ob 653/86 JBl 1987, 383 = NZ 1987, 204 (Fehlen der baubehördlichen Genehmigung);

OGH 13.11.1986, 6 Ob 669/86 JBl 1987, 315;

OGH 9.7.1987, 7 Ob 722/86 wbl 1987, 345 (Irreführung durch Verschweigen der schlechten Ertragslage);

OGH 9.2.1988, 6 Ob 508/86 SZ 61/26 = wbl 1988, 129 (*Wilhelm*) = RdW 1988, 130 (Irrtumsanfechtung bei Aufklärungspflichtverletzung);

OGH 15.3.1988, 2 Ob 622/87 JBl 1988, 787 (Fehlen der baubehördlichen Genehmigung);

OGH 16.6.1988, 7 Ob 553/88 wbl 1988, 341 (keine allgemeine Rechtspflicht zur Aufklärung; keine Irrtumsanfechtung / Vertrauensschaden bei Erkennbarkeit der Unrichtigkeit von Angaben);

OGH 30.6.1988, 7 Ob 573/88 SZ 61/162 (Gewährleistungsverzicht und geheime Mängel);

OGH 9.11.1988, 1 Ob 608/88 wbl 1989, 127 (Verjährungsfrist bei Garantieansprüchen mit Schadenersatzfunktion);

OGH 21.2.1989, 5 Ob 509/89 (Gewährleistungsausschluss umfasst auch geheime Mängel);

OGH 1.3.1989, 1 Ob 670/88 (Gewährleistungsverzicht und geheime Mängel);

OGH 19.10.1989, 7 Ob 630/89 JBl 1990, 175 (Arglist und Motivirrtum);

OGH 25.1.1990, 7 Ob 732/89 JBl 1990, 655 (Gewährleistungsverzicht und Zusage);

OGH 7.3.1990, 1 Ob 536/90 SZ 63/37 = JBl 1990, 648 (*Reischauer*) (volle Konkurrenz zwischen Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen; Gewährleistungsfrist und verborgene Mängel);

OGH 6.9.1990, 6 Ob 564/90 ecolx 1991, 24 (Gewährleistung beim Anteilskauf);

OGH 10.1.1991, 7 Ob 506/91 RdW 1991, 142 = JBl 1991, 385 (Vereinbarung einer „Garantiefrist“, Vertragsauslegung);

OGH 28.5.1991, 4 Ob 515, 516/91 JBl 1992, 118;

OGH 23.10.1991, 3 Ob 572/91 wobl 1992/115 (mit dem Grundbuchstand nicht im Einklang stehende Zusage);

OGH 18.3.1992, 1 Ob 504/92 JBl 1992, 646 (Schulden und Rückstände);

OGH 14.5.1992, 6 Ob 531/91, 552/92, ecolex 1992, 628;

OGH 4.2.1993, 6 Ob 565/92 ecolex 1993, 377 (*Welser*) = JBl 1993, 786 (fiktive Mangelbehebungskosten);

OGH 29.3.1994, 1 Ob 599/93 ÖBA 1994, 558 (*Apathy*) = wbl 1994, 273 (*Hammerer*) (schadenersatzrechtliche Rückabwicklung bei Aufklärungspflichtverletzung);

OGH 1.8.1994, 2 Ob 570/94 ecolex 1995, 173 (*Wilhelm*) = NZ 1995, 129 (Zusage der Lastenfreiheit einer Liegenschaft);

OGH 25.4.1995, 1 Ob 540/95 ecolex 1995, 480 (schadenersatzrechtliche Rückabwicklung bei Aufklärungspflichtverletzung);

OGH 29.5.1995, 1 Ob 564/95 SZ 68/105 = RdW 1995, 422 (konkludente Zusicherung; Aufklärungspflicht);

OGH 30.8.1995, 3 Ob 520/94, 559/95 SZ 68/152 = EvBl 1996/8 = RdW 1996, 60 = ecolex 1996, 15 (*Puck*) = SWK 1996, B 77 (*Heidinger*) (Anteilkauf; keine Aufklärungspflichtverletzung bei Säumnis des Käufers, die Vorlage von Unterlagen zu verlangen; laesio enormis);

OGH 31.8.1995, 3 Ob 563/95 JBl 1996, 174 (absichtliches Unterlassen der gebotenen Aufklärung als List);

OGH 13.9.1995, 7 Ob 562/94 ÖZW 1996, 85 (*Hüttler*) = RdU 1996, 88 (*Berger*) = ecolex 1996, 94 = RdW 1996, 307 (Aufklärungspflicht bei Kenntnis der Kontamination, Gewährleistungsausschluss);

OGH 12.10.1995, 6 Ob 635/95 HS 26.441/8 (listige Irreführung durch unterlassene Aufklärung);

OGH 24.10.1995, 4 Ob 1657, 1658/95 ecolex 1996, 247 = SWK 1996, B 77 (*Heidinger*) = RdW 1996, 60 (Verluste per se keine Eigenschaft des Unternehmens; offener Mangel und keine Aufklärungspflichtverletzung, wenn der Erwerber es verabsäumt, die Vorlage der Steuerbilanzen zu verlangen);

OGH 27.6.1996, 2 Ob 2140/96 ecolex 1996, 910 (Forderungskauf; Schadenersatz in Höhe der Sanierungskosten des Palais; Verkürzung der Verjährungsfrist);

OGH 11.2.1997, 10 Ob 2066/96p RdU 1997/59, 136 (krit *Kerschner*) = immolex 1997, 281 (Aufklärungspflicht bei Kenntnis der Kontamination; Schadenersatz in Höhe der Dekontaminierungskosten);

OGH 26.6.1997, 4 Ob 180/97t ecolex 1998, 120 (*Wilhelm*) (Besichtigungsklausel und Gewährleistungsausschluss; geheime Mängel);

OGH 2.4.1998, 6 Ob 390/97i RdW 1998, 606 = NZ 1998, 402 (Legalservitut als offenkundiger Rechtsmangel);

OGH 7.5.1998, 6 Ob 308/97f RdW 1998, 606 (Kumulierung von Verbesserung und Preisminderung);

OGH 19.5.1998, 1 Ob 32/98g RdW 1999, 16 (Irrtumsveranlassung durch Gehilfen);

OGH 19.5.1998, 1 Ob 414/97g SZ 71/88 (stillschweigend zugesicherte Eigenschaften);

OGH 20.5.1998, 2 Ob 107/98v RdW 1998, 664 (Geschäftsirrtum bei Fehlen von Lizenzen);

OGH 25.6.1998, 6 Ob 138/98g bbl 1999/170 (*Eggemeier*) = RdW 1999, 17 = ImmZ 1998, 363 (Unwirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses nur bei nicht erfüllten Zusagen oder Arglist);

OGH 21.10.1999, 8 Ob 237/97d, ecolex 2000, 279/117 (gemeinsamer Irrtum über die Zahlungsfähigkeit; Aufklärungspflicht);

OGH 25.1.2000, 5 Ob 104/99a bbl 2000/84 = wobl 2000/199, 365 (zust *Pilgerstorfer*) (Aufklärungspflicht bei Verdachtsgründen, Gewährleistungsausschluss);

OGH 30.3.2000, 2 Ob 68/00i, RdW 2000/438 (Differenzierung Gewährleistungszusage – Schad- und Klagloserklärung);

OGH 24.10.2000, 1 Ob 183/00v SZ 73/160 = immolex 2001/78 (zust *Kovanyi*) (Aufklärungspflicht; Geschäftsirrtum; Arglist);

OGH 20.3.2002, 3 Ob 290/01w, ÖJZ 2002/136 = GeS 2003, 22 (kein Handelskauf; keine Rügeobliegenheit);

OGH 30.9.2002, 1 Ob 157/02y, RdW 2003/201 (Geschäftsirrtum; Veranlassung durch Angabe unrealistischer Umsatzzahlen);

OGH 11.9.2003, 6 Ob 141/03h, RdW 2004/57 (Vertrauensschaden als Mangelfolgeschaden; Verjährung);

OGH 22.3.2004, 1 Ob 23/04w, ecolex 2004/272 (gemeinsamer Irrtum);

OGH 21.5.2007, 8 Ob 36/07p (Aufklärungspflicht bei Verdachtsgründen);

OGH 15.11.2007, 2 Ob 209/07k (Unwirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses bei konkludenter Zusage sowie bei bekannten Mängeln; Aufklärungspflicht; Arglist; Entscheidungsbesprechung *Brugger*, ecolex 2008, 803);

OGH 7.7.2008, 6 Ob 134/08m, JBl 2008, 786 (fiktive Schadensbehebungskosten);

OGH 13.11.2008, 8 Ob 124/08f (Beweislastumkehr);

OGH 16.12.2008, 8 Ob 98/08g ecolex 2009/105 (Gewährleistungsausschluss und Irrtumsanfechtung)

OGH 27.1.2009, 10 Ob 1/09h (Aufklärungspflicht über die Beschaffenheit);

OGH 12.5.2009, 10 Ob 21/08y, ecolex 2009/257 (Differenzierung Gewährleistungszusage und Schad- und Klagloserklärung; Beweislast; Fristbeginn);

OGH 26.8.2009, 9 Ob 56/08p ZVB 2010, 215 (*Michl*);

OGH 19.1.2010, 5 Ob 198/09t GBU 2010/04/03 = ecolex 2010/165 = immolex-LS 2010/43 (Machtwechsel iSd § 12a MRG);

OGH 11.2.2010, 5 Ob 202/09f ecolex 2010/152 (Entscheidung im Voraus über die Höhe des zulässigen Hauptmietzinses § 12a Abs 8 MRG);

7 Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen

AltSAG	Altlastensanierungsgesetz
aM	anderer Meinung
Anm	Anmerkung
AWG	Abfallwirtschaftsgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
bspw	beispielsweise
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
dt	deutsch
f	folgend(e)
FS	Festschrift
GBU	GmbH-Bulletin
gem	gemäß
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HS	Handelsrechtliche Sammlung
ieS	im engeren Sinn
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des
iZm	im Zusammenhang mit
Jud	Judikatur
krit	kritisch
Lit	Literatur
mE	meines Erachtens
OGH	Oberster Gerichtshof
Rsp	Rechtsprechung
s	siehe
sog	so genannte(r)
UGB	Unternehmensgesetzbuch
vgl	vergleiche

WRG	Wasserrechtsgesetz
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Int. Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
zT	zum Teil
zust	zustimmend